الخدمات البنكية الإلكترونية عبر الإنترنت

محمود محمد أبو فروة
ماجستير في القانون التجاري

INVESTMENT







المملكة الأردنية الهاشمية/رقم الإيداع لدى دائرة المكتبة الوطنية:(2007/10/3225)

322,5
أبو فروة، محمود محمد
الخدمات البنكية الإلكترونية عبر الإنترنت/ محمود محمد
أبو فروة ـ عمان :دار الثقافة، 2009
رقم الإيداع : (2007/10/3225)
الواصفات : /العمليات البنكية الإلكترونية/

• أعدت دائرة المكتبة الوطنية بيانات الفهرسة والتصنيف الأولية

ISBN 9957-16-378-5

الطبعة الأولى / الإصدار الأول - 2009



المركز الرئيسي: عمان - وسط البلد - قرب الجامع الحسيني - عمارة الحجيري
هاتف: 4646361 6 (962 +) فاكس: 4610291 6 (962 +) ص.ب 1532 عمان 11118 الأردن

فرع الجامعة: عمان - شارع الملكة رانيا العبدالله (الجامعة سابقاً) - مقابل بوابة العلوم - مجمع عربيات التجاري
هاتف: 5341929 6 (962 +) فاكس: 5344929 6 (962 +) ص.ب 20412 عمان 11118 الأردن

Website: www.daralthaqafa.com e-mail: info@daralthaqafa.com

تصميم وإنتاج
مكتب دار الثقافة للتصميم والإنتاج

الخدمات البنكية الإلكترونية عبر الإنترنت

محمود محمد أبو فروة
ماجستير في القانون التجاري

أصل هذا الكتاب «رسالة ماجستير»
بإشراف الدكتور عبد العزيز حضري



1430هـ-2009م

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

﴿ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا ٱكْتَسَبَتْ ۗ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَآ إِن نَّسِينَآ أَوْ أَخْطَأْنَا ۚ رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَآ إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِنَا ۚ رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِۦ ۖ وَٱعْفُ عَنَّا وَٱغْفِرْ لَنَا وَٱرْحَمْنَآ ۚ أَنتَ مَوْلَىٰنَا فَٱنصُرْنَا عَلَى ٱلْقَوْمِ ٱلْكَٰفِرِينَ ﴾

سورة البقرة الآيـة (286)

الإهداء

إلى . . .

المرحوم بإذن الله تعالى . . طيب الله ثراه

أبي

إلى . . .

من كان دعاؤها عوناً كبيراً لي . . أطال الله في عمرها

أمي

إلى . . .

إخوتي . . أسعدهم الله جميعاً

إلى . . .

كل طالب علم ومعرفة

الفهرس

الفصل الثاني
الآثار الناجمة عن استخدام الأنترنت في المجال البنكي

المقدمة

تعتبر البنوك إحدى أهم الركائز التي يقوم عليها الاقتصاد الوطني في مختلف الدول، نتيجة للدور الكبير الذي تقوم به في تعبئة المدخرات من الجمهور ووضعها رهن إشارة المشروعات والاستثمارات الداخلية والخارجية للدولة، وبالتالي فإن تلقي الودائع ومنح الائتمان يشكل النشاط الرئيسي للبنوك، إلا أنه لا يشكل النشاط الوحيد لها، فبالموازاة مع ذلك تقوم البنوك بمجموعة أخرى من الوظائف الهدف منها توفير الوسائل الملائمة للتعامل في الحسابات حسب متطلبات كل فئة من فئات عملائها، فالتاجر يتوقع من بنكه تقديم خدمات تسهل له أعماله التجارية، بينما يبحث غير التاجر عن البنك الذي يوفر له ممارسة أعماله البنكية بأقل تكلفة وبدون تعقيد أو تأخير.

وقد شهدت العقود الأخيرة تطورات تكنولوجية أحدثت تأثيرا كبيرا بطريقة أو بأخرى في جميع نواحي الحياة، وبالخصوص في قطاعات النشاط الاقتصادي المختلفة ومن بينها القطاع البنكي، حيث شرعت البنوك في الاستفادة من تلك التطورات لاستخدامها في تقديم الخدمات نظرا للفوائد المترتبة عنها، وقد أدى الانتشار الواسع الذي عرفته بعض الخدمات البنكية الناتجة عن التطور التكنولوجي كما هو شأن البطاقات البنكية، إلى تكوين قناعة لدى البنوك مفادها أن الاستفادة من التكنولوجيا الحديثة لتقديم الخدمة البنكية أمر لا غنى عنه في ظل المنافسة الشديدة التي يشهدها القطاع البنكي.

وبتأثير الثورة التكنولوجية على وسائل الاتصال ظهرت بوادر نقلة نوعية في طريقة تقديم الخدمات البنكية من خلال التفكير في تقديم تلك الخدمات عن بعد، فاستخدم في البداية الهاتف الثابت أو ما يطلق عليه (البنك الناطق)، ثم

بعد ذلك استخدم الهاتف النقال بتطبيقاته المتعددة مثل برتوكول التطبيقات اللاسلكية Wireless application protocole (Wap)، إلا ان استخدام تلك الوسائل كان محصورا في تقديم بعض الخدمات البسيطة التي لا ترقى لطموح العملاء.

لكن بتطور التقنيات المستخدمة في الحاسب الآلي وظهور شبكة المعلومات العالمية (الإنترنت) تكرست تلك النقلة في جل مجالات الحياة، حيث أدى هذا التطور غير المسبوق إلى إنشاء بيئة افتراضية تحاكي الواقع في أغلب مظاهره وصالحة لاستيعاب معظم الأنشطة الممارسة فيه عن بعد، وهذه الخاصية الأخيرة كانت دافعا أساسيا للاستفادة من شبكة الإنترنت في كافة المجالات التي تتطلبها، فظهرت ما تسمى بالحكومات الإلكترونية لتسهيل المعاملات بين الدولة ومواطنيها ولتقريب الإدارة من المواطن إلى أقصى حد ممكن، حتى يتمكن هذا الأخير من ممارسة أنشطته الإدارية بسهولة، من قبيل تقديم طلبات حصوله عن الأوراق الرسمية كجواز السفر وإيداع التصريحات المختلفة كالتصريحات الضريبية، كما تم وضع تصاميم لمشروعات المدارس والجامعات الافتراضية في بعض الدول.

ولعل أكثر المجالات تأثرا بظهور شبكة الإنترنت، تلك المتعلقة بالتعاملات بين الأشخاص وبالخصوص في إطار العلاقات التجارية، لأن تلك الشبكة استطاعت توفير إحدى أهم الخاصيات التي تقوم عليها التجارة من سرعة، فظهرت التجارة الإلكترونية.

ولم تكن البنوك بعيدة عن هذه المستجدات بل على العكس من ذلك فقد كانت أولى المستفيدين منها لكونها مدعوة أكثر من غيرها للاستفادة منها، لكون التجار يشكلون جزءا مهما من عملائها وأن من وظائفها توفير

وسائل الدفع المختلفة التي لم تكن بدورها بمنأى عن التطور نتيجة لتطور المعاملات، كما أن البوادر الأولى التي رافقت ظهور الإنترنت من ارتفاع عدد مستخدميه من مختلف الفئات الاجتماعية جعلت البنوك تفكر في تقديم خدماتها من خلاله.

ويحقق استخدام الإنترنت في المجال البنكي العديد من المزايا لكل من البنك وعملائه على حد سواء، حيث يمكّن البنك من تقديم خدماته على مدار الساعة بدون ارتباط بأوقات عمل ومن أي مكان في العالم توجد به خدمة الإنترنت، ومن ثم يحصل العملاء على الخدمات المطلوبة بيسر وسهولة، كما أنه يعد وسيلة منخفضة التكلفة لتوزيع الخدمات البنكية وترويج أعمال البنك من خلال الموقع الإلكتروني على شبكة الإنترنت، بالإضافة إلى إمكان توسيع أعمال البنك جغرافيا دون الحاجة إلى فتح عدد كبير من الفروع وما يصاحب ذلك من تكلفة.

دواعي اختيار الموضوع:

تتمثل أهم الأسباب التي دفعتني إلى اختيار موضوع الخدمات البنكية الإلكترونية عبر الإنترنت فيما يلي:

أولاً: الأسباب الواقعية

يلاحظ بالنسبة لموضوع الخدمات البنكية الإلكترونية عبر الإنترنت قلة الدراسات التي تناولته باللغة العربية، بل إنه بالنسبة للمغرب لا توجد أي دراسة في الموضوع لا على المستوى الأكاديمي ولا على مستوى الدراسات الفقهية، وهو ما يرجع بطبيعة الحال إلى حداثة الموضوع، كما أن معظم الدراسات العربية التي تناولته كانت عبارة عن دراسات وصفية ومجرد موضوعات عامة تناولت

البنوك الإلكترونية من حيث مزاياها وعيوبها وطريقة عملها، دون التطرق للموضوع من الناحية القانونية.

ثانياً: الأسباب القانونية

إن غياب رؤية واضحة لموضوع الخدمات البنكية الإلكترونية عبر الإنترنت والذي يرتب آثارا قانونية مهمة تمس في أغلبها بالذمة المالية للبنك والعملاء وترتبط بقطاع حيوي كالقطاع البنكي، تدفع للبحث عن النظام القانوني المطبق على تلك الخدمات في كافة مراحلها.

أهمية الموضوع:

لدراسة موضوع الخدمات البنكية الإلكترونية عبر الإنترنت أهمية كبيرة من النواحي التالية:

أولاً: من الناحية الاجتماعية

يشكل استخدام الإنترنت في المجال البنكي الوسيلة الأمثل لاختصار الوقت والجهد والمال للاستفادة من الخدمات البنكية، إلا أنه في نفس الوقت توجد مجموعة من العوامل قد تؤثر في إقبال الجمهور عليها، وأهمها تلك المتعلقة بدرجة وعي أفراد المجتمع بأهمية هذه الوسيلة، وبالمزايا الناتجة عنها، ومن جهة أخرى فبما أن معظم عملاء البنوك هم مجرد مستهلكين عاديين كان لابد من معرفة المخاطر المحيطة بالخدمات البنكية الإلكترونية.

ثانياً: من الناحية الاقتصادية

كما قلنا سابقا فإن البنوك تشكل ركيزة هامة من ركائز الاقتصاد الوطني، ويساعد استخدام الإنترنت في المجال البنكي البنوك على تقديم

الخدمات لأكبر عدد ممكن من العملاء، إلا أن عدم الإحاطة الكاملة بالمخاطر الناتجة عنه، أو عدم إتباع الوسائل الملائمة لمواجهة وإدارة تلك المخاطر قد لا يؤدي إلى الإضرار بالبنك نفسه فقط، بل قد يتعدى الأمر ذلك إلى الإضرار بالاقتصاد الوطني برمته، ومن جهة ثانية فإن ممارسة بعض الخدمات البنكية قد يؤدي إلى بعض الآثار الاقتصادية السلبية إذا لم يتم بالشكل الملائم.

ثالثاً: من الناحية القانونية

إن استخدام الإنترنت في المجال البنكي ليس مجرد رؤية لمستقبل الخدمات البنكية ومجرد طموح، بل واقع نعيشه في الوقت الحالي، حيث قامت أغلب البنوك المغربية بالدخول لشبكة الإنترنت للعمل من خلالها في ظل غموض يكتنف النظام القانوني المطبق عليها، لذلك كان من المفيد القيام بدراسة لمحاولة استجلاء ذلك الغموض ومعرفة الأحكام القانونية التي تحكمها والوسائل القانونية الكفيلة بحماية البنك والعملاء من مخاطر الولوج لشبكة الإنترنت، بالشكل الذي يضمن لكل طرف من الأطراف حقوقه، وبالتالي البحث عن الإطار القانوني الذي يؤطر العمليات البنكية الإلكترونية في كافة المراحل التي تمر بها.

إشكاليات الموضوع والمنهج المتبع:

تطرح الخدمات البنكية الإلكترونية عبر الإنترنت العديد من الإشكاليات الناتجة في معظمها عن غياب القانون المؤطر، مما يحتم علينا دراسة وتحليل تلك الإشكاليات وفق القواعد القانونية التقليدية، ومن أهم الإشكاليات التي يطرحها هذا الموضوع، الطبيعة القانونية للمواقع الإلكترونية المقدمة للخدمات البنكية، فهل يشترط في تلك المواقع أي شروط خاصة؟ ثم ما هي الطبيعة القانونية لعقد تقديم الخدمات البنكية؟وما هو القانون والقضاء

المختص للنظر في النزاعات الناشئة من العقد إذا تضمن عنصرا أجنبيا؟ وما مدى كفاية الوسائل القانونية والتقنية الخاصة بحماية أمن المعلومات من مخاطر الإنترنت؟

من جهة أخرى ولأهمية القطاع البنكي في الحياة الاقتصادية يثار التساؤل حول أهم المعوقات القانونية والتي تحول دون الاستفادة الكاملة من وسائل التطور التكنولوجي في التشريع المغربي؟ وكيف يتم إثبات العلاقة القانونية الناشئة بين الأطراف وكذلك التصرفات القانونية التي يقوم بها أطراف العلاقة في ظل القواعد التقليدية؟

وأخيرا تثار الإشكالية بخصوص حدود مسؤولية البنك في إطار الخدمات البنكية الإلكترونية نظرا لتفوقه الإقتصادي والتقني؟ وأركانها؟ وإمكانية الإعفاء منها؟ ثم الوسائل القانونية الكفيلة بحماية العميل في ظل ذلك التفوق؟

سنقوم في هذا البحث بتحليل تلك الإشكاليات معتمدين في ذلك على مناهج البحث العلمي وبالخصوص المنهج التحليلي والمنهج النقدي والمنهج المقارن مع الاستعانة عند اللزوم ببقية المناهج.

خطة البحث:

من خلال هذه الدراسة المتواضعة للموضوع والتي يمكن اعتبارها بمثابة لبنة بسيطة أو مجرد نقطة انطلاق لدراسات أخرى تتناوله، وركزنا على الخدمات التي يقوم البنك بتقديمها إلكترونيا بناء على العقد المبرم بينه وبين العميل دون الدخول في الأنواع الأخرى للخدمات البنكية التي قد تقدم بناء على عقد خاص، وحاولنا تحديد الإطار القانوني المنظم لعمل البنوك عبر الإنترنت وذلك من خلال عنصرين: الأول يتعلق بالأحكام العامة للخدمات البنكية

الإلكترونية، حيث إن البنك الإلكتروني المقدم للخدمات البنكية يجب أن يتوفر على مجموعة من الشروط لاعتباره بنكا إلكترونيا منشئاً بصفة قانونية، ومن جهة أخرى فإن تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية يجب أن يتم بناء على عقد يحدد حقوق والتزامات الأطراف، ويشتمل وصفا للخدمات التي سيقوم البنك بتقديمها للعميل عن طريق الإنترنت، إلا أنه نظرا للمخاطر الناشئة من العمل في بيئة الإنترنت فإن البنك يلتزم بتوفير تقنيات أمن وسلامة العمليات الإلكترونية، تلك التقنيات التي لا يمكن أن تقوم بدورها بالشكل الكافي ما لم تدعم تشريعيا بإيجاد نصوص تجرم الأفعال الماسة بأمن المعلومات المتداولة عبر شبكة الإنترنت، ودائما في إطار النظام القانوني المطبق على العمليات البنكية الإلكترونية، فبالنظر لكون العقد المنظم للعلاقة فيما بين الأطراف يمكن أن يتم إبرامه إلكترونيا، وجب البحث عن القانون المطبق والقضاء المختص في النزاعات الناشئة منه إذا ما تضمن عنصرا أجنبيا.

أما العنصر الثاني من عناصر هذا البحث فإنه يتمثل في دراسة الآثار الناجمة عن العمليات البنكية الإلكترونية وبالخصوص تلك المتعلقة بكيفية إثبات الوقائع إذا ما نشب نزاع بين البنك والعميل بخصوص الخدمات الإلكترونية، وكذلك المتعلقة بالمسؤولية المدنية الناشئة من العمليات البنكية الإلكترونية.

كل ذلك سنحاول بحثه وفق التقسيم التالي:

الفصل الأول: أحكام العمل البنكي الإلكتروني عبر الإنترنت.

الفصل الثاني: الآثار الناجمة عن استخدام الإنترنت في المجال البنكي.

الفصل الأول
أحكام العمل البنكي الإلكتروني
عبر الإنترنت

الفصل الأول
أحكام العمل البنكي الإلكتروني عبر الإنترنت

تم استخدام الحاسب الآلي في المجال البنكي منذ فترة طويلة، إلا أن ذلك كان مقتصرا على تخزين واسترجاع البيانات، لكن بعد ظهور الإنترنت وتطور التجارة الإلكترونية اتجهت معظم البنوك إلى الاستفادة من تلك الطفرة التكنولوجية لتطوير خدماتها وابتكار خدمات جديدة، فقامت بإنشاء مواقع[1] لها على شبكة الإنترنت تقدم من خلالها الخدمات التي تسمح طبيعتها بذلك، مما أدى إلى جذب شريحة واسعة من العملاء لاستخدام الإنترنت في تعاملهم مع البنوك لما يترتب عنه من توفير في الوقت والجهد والمال للطرفين معا.

وتقتضي دراستنا للخدمات البنكية الإلكترونية التعرف على الأحكام العامة لها من خلال محاولة وضع إطار عام يجمع بين ثناياه تلك الأحكام من

---

(1) تتخذ المواقع التي تنشئها البنوك عبر الإنترنت ثلاثة أشكال:

- الموقع المعلوماتي (informational website) وهي التي تسمح للعملاء بالوصول لمعلومات حول المؤسسة البنكية وخدماتها دون أن تعطيهم إمكانية الاستفادة من أية خدمات.
- الموقع الاتصال (communicative website) وهذا النوع يسمح بفتح قناة اتصال بين البنك وعملائه من خلال تبادل الرسائل الإلكترونية (E - mail).
- الموقع التبادلي (transactional website) وهو الذي يمكّن العميل من الوصول إلى حسابه وإجراء جميع العمليات التي يسمح بها الموقع مثل إجراء التحويل وإجراء الدفعات النقدية وهذا النوع الأخير هو الذي يطلق عليه اسم البنك الإلكتروني.
- انظر في ذلك: يونس عرب - البنوك الإلكترونية - الفكرة وخيارات القبول والرفض - الجزء الأول - مجلة البنوك - الجمعية المهنية للبنوك الأردنية - العدد3 - المجلد 19 نيسان - 2000 - ص 11.

– E – banking – Federal Financial institution examination concel (FFIEC) information technology hand book August 2003 p 1 – 3.

– Vignesen Peramela – internet banking – Boon, or bane ? menash univ – malysia. From the website – www arreydev.com.

النواحي القانونية والعملية من جهة بالإضافة إلى الناحيتين التقنية والاقتصادية من جهة أخرى.

لذلك فسنقوم في هذا الفصل بدراسة الأحكام العامة للعمل البنكي الإلكتروني عبر الإنترنت من خلال فرعين، نتناول في الفرع الأول البنوك الإلكترونية، وفي الفرع الثاني وسائل الأمن القانونية والتقنية للمعلومات وأحكام الاختصاص القانوني والقضائي في النزاعات الناشئة من تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية.

الفرع الأول
البنوك الإلكترونية

البنوك الإلكترونية ما هي إلا وسيلة إلكترونية لنقل المنتجات والخدمات البنكية التقليدية والحديثة مباشرة إلى العملاء عبر الإنترنت، وهي بذلك تمكّنهم من الوصول لحساباتهم وإجراء العمليات والحصول على المعلومات دون الحاجة إلى تنقل بين فروع البنوك[1].

وأهم ما توفره الطريقة الحديثة في الاستفادة من الخدمات البنكية هو اختصار الوقت والجهد والمال بالنسبة للعميل وخفض تكاليف العمل وزيادة الأرباح بالنسبة للبنك، مما جعل البنوك تستغني عن النظام الورقي في مقابل استخدامها للنظام الإلكتروني للتعامل مع زبنائها ومحاولة ابتكار وسائل جديدة للدفع تتلاءم مع التطور التكنولوجي في مجال الأعمال التجارية[2].

لكن اتخاذ البنوك من شبكة الإنترنت مقرا لها طرح العديد من الإشكاليات، منها ما يتعلق بطبيعة تلك البنوك نفسها، ومدى ضرورة تطلب

(1) وقد أثبتت التجارب الدولية أن البنوك الكبرى في الدول التي تنتشر فيها هذا النوع من الخدمات الإلكترونية قامت بإغلاق معظم فروعها بسبب الاعتماد المتزايد لعملائها على الإنترنت وأشهر مثال على ذلك ما قام به بنك باركليز في بريطانيا من إغلاق 171 فرعا خلال أبريل 2000 بعد أن أصبح له أكثر من 1,3 مليون عميل يستخدمون الإنترنت للوصول إلى حساباتهم.

محمود إبراهيم الشرقاوي ـ مفهوم الأعمال المصرفية الإلكترونية وأهم تطبيقاتها ـ مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون المنعقد بكلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة من 10 إلى 13 ماي 2003 ـ المجلد الأول ـ مايو 2003 ـ ص 40.

(2) بلال عبد المطلب بدوي ـ البنوك الإلكترونية (ماهيتها ومعاملاتها والمشاكل التي تثيرها) مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون ـ المجلد الخامس ـ م.س.ص.1952.

توفرها على الشروط القانونية اللازمة لمارسة العمل البنكي، ومنها ما يتعلق بالخدمات التي تقدمها تلك البنوك، فما مدى قانونية تلك الأعمال في ظل النظام القانوني الحالي؟

كما أنه من جهة أخرى فإن إمكانية إبرام عقد تقديم الخدمات البنكية عبر الإنترنت تبقى قائمة، الشيء الذي طرح التساؤل حول كيفية انعقاد العقد وطبيعته القانونية؟

وسنقوم من خلال هذا الفرع بالتعرض لتلك الإشكاليات من خلال مبحثين نتناول في المبحث الأول شروط ممارسة العمل البنكي الإلكتروني عبر الإنترنت ونختم في المبحث الثاني دراسة أهم الخدمات البنكية المقدمة إلكترونياً.

المبحث الأول
شروط ممارسة العمل البنكي الإلكتروني

قبل الشروع في دراسة الخدمات البنكية الإلكترونية لا بد من تحديد الطبيعة القانونية للعمل البنكي الإلكتروني من خلال تحديد الشروط الأساسية اللازمة لممارسة العمل البنكي الإلكتروني عبر الإنترنت.

وسنقوم في المطلب الأول من هذا المبحث بدراسة الشروط العامة اللازمة لممارسة العمل البنكي الإلكتروني، على أن نقوم في المطلب الثاني بدراسة إبرام البنوك لعقد تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية عبر الإنترنت مع عملائها باعتباره شرطا ضروريا لتقديم الخدمات الإلكترونية.

المطلب الأول
الشروط العامة لممارسة العمل البنكي الإلكتروني

تشترط التشريعات في المؤسسات الممارسة للأعمال البنكية بشكل عام مجموعة من الشروط، منها الشروط المحددة للأهلية المتطلبة لممارسة العمل البنكي "الفقرة الأولى"، ومنها الشروط التي يكون الهدف منها حماية العملاء "الفقرة الثانية".

الفقرة الأولى: الأهلية لممارسة أعمال البنوك

إذا كان العمل البنكي اعتمد في بداية نشأته على الرساميل الشخصية ثم تطور في الاقتصاديات الحديثة ليصبح في يد مؤسسات متخصصة تعتمد على رساميل ضخمة[1]، فإن الواقع الحالي أثبت أن رأس المال لا يشكل وحده العامل الأساسي الذي يحكم عمل البنوك، فمع تطور وسائل الاتصال أصبحت استراتيجيات التوافق مع الواقع ومتطلباته أحد أهم العوامل المؤثرة في نجاح البنوك[2]، لذلك اتجهت معظم البنوك إلى الاستفادة من تلك التطورات بإنشاء مواقع لها على الإنترنت تقوم بتقديم خدماتها عبرها.

وبالموازاة مع ذلك استغلت بعض المؤسسات التجارية والتسويقية قدراتها المتميزة على إدارة المواقع المالية على الإنترنت لتقوم بتقديم خدمات تدخل في

(1) فؤاد معلال ـ شرح القانون التجاري المغربي الجديد ـ مطبعة النجاح الجديدة ـ الدار البيضاء الطبعة الأولى ـ 1999 ص85.

(2) يونس عرب ـ البنى التحتية لمشروعات البنوك الإلكترونية ـ إحدى مقالات سلسلة تحديات العصر الرقمي، جريدة العرب اليوم الأردنية ـ من موقع عرب للقانون على الإنترنت www. arablaw.org.

صميم اختصاص البنوك[1] مثل تنفيذ عمليات الدفع وإصدار البطاقات وقبول الودائع...إلخ.

كل ذلك يطرح الإشكال حول مدى قانونية ممارسة الأعمال البنكية على شبكة الإنترنت سواء بالنسبة للبنوك أو المؤسسات غير البنكية.

قبل الإجابة عن السؤال أعلاه فإنه يجب علينا بداية تحديد المقصود بمؤسسات الإئتمان، فمؤسسات الإئتمان حسب المادة الأولى من القانون رقم 34.03 والمتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها[2] هي " الأشخاص المعنوية التي تزاول نشاطها في المغرب أيا كان موقع مقرها الاجتماعي أو جنسية المشاركين في رأسمالها أو مخصصاتها أو جنسية مسيرها والتي تحترف بصفة اعتيادية نشاطا واحدا أو أكثر من الأنشطة التالية:

- تلقي الأموال من الجمهور.
- عمليات الائتمان.
- وضع جميع وسائل الأداء رهن تصرف العملاء أو القيام بإدارتها"[3].

كما عرفها البعض[4] على أنها كل منشأة تقوم بواحدة أو أكثر من الأعمال التالية: قبول الودائع، تسليف النقود، فتح الائتمان، تسهيل تحويل الأموال عن طريق أي من الأدوات الائتمانية.

---

(1) يونس عرب: البنوك الإلكترونية. م.س.ص3.

(2) والذي صدر بمقتضى الظهير الشريف الصادر بتاريخ 14 فبراير 2006 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5397 بتاريخ 20 فبراير 2006 صفحة 435.

(3) أما ظهير 1993 المتعلق بنشاط مؤسسات الائتمان ومراقبتها والذي ألغي بصدور القانون المذكور أعلاه فقد عرف مؤسسة الإئتمان على أنها "كل شخص معنوي يحترف اعتياديا إحدى العمليات التالية:
- تلقي الأموال من الجمهور.
- توزيع الائتمان.
- وضع مختلف وسائل الدفع رهن تصرف العملاء والقيام بإدارتها".

(4) سيد الهواري ـ إدارة البنوك ـ دار الجيل ـ القاهرة ـ 1983 ـ ص2.

وبالرجوع كذلك إلى المادة 10 من نفس القانون يلاحظ أن المشرع المغربي أطلق مصطلح "مؤسسات الائتمان" على كل من البنوك وشركات التمويل، إلا أنه منح البنوك وحدها في المادة 11 حق تلقي الودائع من الجمهور لأجل يقل أو يساوي سنتين[1].

بالتالي فإن ما يميز البنوك عن غيرها من المؤسسات هو حقها في قبول الودائع والاحتفاظ بها، دون غيرها من الأعمال التي يجوز أن تقوم بها المؤسسات الأخرى.

وبالنسبة لمدى اعتبار البنوك الإلكترونية بنوكا بالمعنى المقصود سابقا فإن الواقع يفرض علينا التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى: وهي الحالة التي يتواجد فيها البنك فعليا في الواقع، ويقوم بإنشاء موقع إلكتروني يقدم خدماته الإلكترونية من خلاله، ففي هذه الحالة يعتبر الموقع بمثابة فرع تابع للبنك الأصلي وليس بنكا مستقلا بذاته[2]، وبذلك تكون له الصفة للقيام بعمليات البنوك بالاعتماد على الترخيص الممنوح للبنك الأصلي مع الأخذ بعين الاعتبار الضوابط التي يضعها البنك المركزي لممارسة الأعمال البنكية الإلكترونية[3].

---

(1) والتي تقابلها المادة 10 من ظهير 1993 الملغي التي أكدت على أن مؤسسات الائتمان تشمل كلاً من البنوك وشركات التمويل إلا أن نفس المادة سمحت للبنوك وحدها بتلقي الودائع من الجمهور لمدة سنتين أو أقل إلا أنها أوردت استثناء على ذلك حيث تم السماح باعتماد شركات التمويل لتلقى ودائع من الجمهور لأجل يفوق سنة واحدة.

(2) انظر في رأي مخالف:

ممدوح ومنير الجنبيهي - البنوك الإلكترونية - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - 2005 - ص 12.

يونس عرب - البنوك الإلكترونية م.س.ص.1.

(3) ففي مصر مثلا اشترط البنك المركزي على البنوك التي تقدم خدمات إلكترونية أن تحصل على ترخيص مسبق بذلك وأن تقوم بتحديد الخدمات التي ستقوم بتاديتها من خلال الإنترنت بالإضافة إلى تحديد المسؤوليات الواقعة عليها وعلى العملاء وأخيرا ضرورة إفصاحها على صفحة web الخاصة به بما يفيد =

الحالة الثانية: وهي الحالة التي لا يتواجد فيها البنك في الواقع إلا أنه يتواجد على الشبكة ويقدم خدماته عبرها أي ما يطلق عليه اسم "البنك الافتراضي"(virtual Bank)، ففي هذه الحالة يشترط لاعتبار الأعمال التي يقوم بها أعمالا قانونية ضرورة توفرها على الشروط اللازمة لممارسة العمل البنكي كما هو منصوص عليها في المواد 27 إلى 43 من قانون رقم34.03[1]، الأمر الذي يصعب التحقق منه على اعتبار أن شبكة الإنترنت شبكة دولية مفتوحة[2].

أما بالنسبة للمؤسسات غير البنكية والتي تمارس الأعمال البنكية فإنه يجب عليها التقيد بالقوانين المنظمة لأعمالها، وبالتالي فإنه يمكن لها ممارسة جميع الأعمال البنكية كشركات تمويل حسب ما هو مقرر بالاعتمادات الخاصة بها باستثناء قبول الودائع لأجل يساوي أو يفوق سنتين.

الخلاصة أن أي موقع إلكتروني يمارس أعمال البنوك يجب أن يكون متوفرا على جميع الشروط القانونية وحاصلا على الترخيص اللازم لممارسة تلك الأعمال وأن يطبق جميع التعليمات والتوجيهات الصادرة عن البنك المركزي وإلا اعتبرت أعماله غير قانونية.

حصولها على ترخيص مع ربط موقعها بموقع البنك المركزي الذي يعلن فيه عن أسماء البنوك المرخص لها بذلك حتى يتحقق العميل من صحة الترخيص.

انظر توصيات البنك المركزي المصري لممارسة البنوك أعماله الإلكترونية عند منير وممدوح الجنبيهي، البنوك الإلكترونية م.س.ص226.

(1) وتقابلها المواد 21 ـ 44 من ظهير 1993 الملغي.

(2) وقد لاحظ البنك المركزي المصري ذلك واشترط في البنوك التي تود تقديم خدماتها عبر الإنترنت أن تكون حاصلة على ترخيص يخولها ممارسة العمل البنكي في مصر.

ممدوح ومنير الجنبيهي، البنوك الإلكترونية ـ م.س.ص.226.

الفقرة الثانية: الشروط المتعلقة بحماية العملاء

يترتب على تقديم الخدمات المالية عبر وسائط غير تقليدية العديد من المخاطر، لا تقتصر على تلك التي يمكن أن تحدث أضرارا بالبنك، بل أن العميل بدوره معرض للضرر الناتج عن انفتاح شبكة الإنترنت، فقد يصبح موقع البنك وحسابات العملاء في ظل هذا الانفتاح عرضة للتلاعب والاختراق مما يؤدي إلى التعدي على الذمة المالية للعملاء الذين هم في أغلب الأحوال مستهلكون عاديون ليست لديهم أدنى فكرة عن التقنيات المستخدمة للحماية ومدى إمكانية تجاوزها، وبالتالي فإن التعامل عبر الإنترنت يجب أن يحاط بمجموعة من الضمانات توفر إمكانية معرفة العملاء بتلك المخاطر قبل الدخول للعمل في بيئة الإنترنت من خلال إلزام البنك بإعلام عملائه عن كافة المخاطر المحيطة بالعمل الإلكتروني، لكن يطرح التساؤل عن مصدر هذا الإلتزام في ظل عدم وجود أي تشريع في المغرب يحكم العمليات البنكية الإلكترونية؟

في إطار القواعد العامة للتعاقد يجب على كل طرف أن يتحرى بنفسه عن ظروف العقد، على اعتبار أنه أشد حرصا على صيانة حقوقه ومراعاة مصالحه وله أن يمتنع عن التعاقد إذا تبين له عدم جدواه، أما تبصير الطرف الآخر وتزويده بالمعلومات عن خصائص المتعاقد عليه وظروف التعاقد فكلها واجبات أخلاقية لا تدخل ضمن الالتزامات القانونية[1] وهو ما أدى إلى صعوبة القول بوجود أساس قانوني للالتزام بالإعلام في ظل القواعد العامة التقليدية المشبعة

(1) استاذنا الحسين بلحساني ـ الالتزام بتبصير المستهلك بين قواعد الأخلاق ومقتضيات القانون ـ مجلة طنجيس للقانون والاقتصاد عدد 1 ـ 2001 ، ص30.

بروح مبدأ سلطان الإرادة[1] نتيجة للتطورات الاقتصادية والتقنية التي برهنت أن المساواة التي يضمنها مبدأ سلطان الإرادة للمتعاقدين ما هي في حقيقة الأمر إلا مساواة شكلية بعيدة كل البعد عن الإنصاف، وخصوصا في إطار العلاقة بين مهنيين محترفين ومستهلكين عاديين[2]، وهو ما أدى إلى البحث عن أساس قانوني للالتزام بالإعلام قبل التعاقد، بعيد عن الواجبات الأخلاقية غير الملزمة وحسن النية.

بالتالي فبما أن هذا الالتزام قبل التعاقدي ضروري من أجل اتقاء عيوب الرضا وجعل هذا الأخير أكثر تنويرا وتبصرا، فيستلزم أن يبين الطرف القوي في العلاقة التعاقدية للطرف الضعيف عدة بيانات تسمح له بالتعاقد عن وعي وعلم كافيين بالعملية محل العقد، من ثم فإن هذا الالتزام يجد أساسه في نظرية صحة الرضا[3].

---

(1) انظر في محاولات الفقه لإيجاد أساس قانوني للالتزام بالإعلام في ظل القواعد العامة:

استاذتنا دينا مباركة ـ الحماية القانونية لرضا مستهلكي السلع والخدمات ـ المجلة المغربية للاقتصاد والقانون ـ عدد3 ـ 2001، ص 49 ـ 50.

عبد الحق صافي ـ عقد البيع ـ دراسة في قانون الالتزامات والعقود والقوانين الخاصة ـ مطبعة النجاح الجديدة ـ الدار البيضاء ـ الطبعة الأولى ـ 1998 ص 315.

عمر قريوح ـ الحماية القانونية لمستهلكي السلع والخدمات ـ دراسة في عقود الاستهلاك ـ رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الأعمال ـ جامعة محمد الأول ـ كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ـ وجدة ـ السنة الجامعية 1999 ـ 2000، ص27.

(2) سهير منتصر ـ الالتزام بالتبصير ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ بدون تاريخ ـ ص 48 ـ 49.

(3) من مؤيدي هذا الاتجاه انظر:

محمد السعيد رشدي: التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون ـ مطبوعات جامعة الكويت ـ الشويخ ـ الطبعة الأولى1998 ص19.

علي حسن نجيدة: التزامات الطبيب في العمل الطبي ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة 1993 ـ ص 13 وما بعدها.

أشار إليه أستاذنا الحسين بلحساني المقال السابق ص31.

لذلك فإن البنك كشخص معنوي يحترف القيام بالعمليات البنكية ويملك من القدرة الاقتصادية والتقنية ما يكفي للعلم بالمخاطر التي قد تواجه زبائنه أثناء استفادتهم من خدماته الإلكترونية.

وبما أن ثقة العملاء بالبنك وقيام الأعمال البنكية على الاعتبار الشخصي[1] هي التي تدفعهم إلى ترك توجيه اختياراتهم في إبرام العقد للبنك[2]، وجب على هذا الأخير إعلام عملائه بالمخاطر المترتبة عن استفادتهم من الخدمات البنكية الإلكترونية حتى يكون العميل قد تعاقد بإرادة ورضا صحيحين.

وقد أوجبت بعض البنوك المركزية على البنوك إعلام زبنائها عن مخاطر العمليات البنكية الإلكترونية، وجعلته بمثابة التزام قانوني مفروض على البنك المقدم للخدمات الإلكترونية وموجه لعملاء البنك الراغبين وغير الراغبين في التعاقد معه على الخدمات الإلكترونية، ففي التعليمات الصادرة عن البنك المركزي الأردني[3] تنص المادة 6/ب على ضرورة التزام البنك بتوعية عملائه وتعريفهم بطبيعة العمليات المنفذة بوسائل إلكترونية ومخاطرها وما يترتب عليهم من التزامات.

---

(1) انظر في مدى قيام الأعمال البنكية على الاعتبار الشخصي:

عماد الشربيني ـ القانون التجاري الجديد لسنة 1999 ـ الكتاب الثاني ـ أعمال البنوك والأوراق التجارية ونظام الإفلاس ـ دار الكتب القانونية ـ المجلة الكبرى ـ 2003 ص 11 وما بعدها.

(2) بوعبيد عباسي ـ الالتزام بالإعلام في العقود ـ أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص ـ جامعة القاضي عياض ـ كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ـ مراكش ـ السنة الجامعية 2002 ـ 2003 ص56.

(3) تعليمات البنك المركزي الأردني حول ممارسة البنوك لأعمالها بوسائل إلكترونية رقم (2001/8) بتاريخ 2001/07/26 الصادرة سندا لأحكام المادة 99/ب من قانون البنوك رقم 28 لعام 2000.

وفق ذلك يلتزم البنك بإعلام عملائه عن المخاطر الناتجة عن التعاملات البنكية الإلكترونية، وإذا ما أخل بواجبه فإنه يكون مسؤولا عن الأضرار الناشئة من هذا الإخلال.

وإذا كان العميل متوفرا على حساب لدى إحدى البنوك، وأراد الاستفادة من خدماته الإلكترونية، فإن هذه الخدمة كغيرها من الخدمات البنكية تتطلب إبرام عقد بين الطرفين[1]، يتضمن جميع الشروط اللازمة لانعقاده والمنظمة لحقوق والتزامات الأطراف، إلا أن الواقع العملي يظهر أن البنك يقوم بوضع الشروط بصفة إنفرادية، مما دفعنا إلى التساؤل عن الطبيعة القانونية لهذا العقد؟

(1) يقوم البنك عادة بتحديد الخدمات التي سيقوم بتقديمها إلكترونيا للعميل في العقد المبرم بينهما، كما أن بعض الخدمات قد تكون محل عقد خاص بين البنك والعميل لما تكتسيه من أهمية.

المطلب الثاني
إبرام عقد تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية

بالإضافة إلى الشروط القانونية السابقة فإنه يشترط لتقديم الخدمات البنكية الإلكترونية إبرام عقد مع العميل يتضمن جميع الحقوق والالتزامات المتبادلة، وتتطلب دراستنا لإبرام عقد تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية في البداية التطرق للطبيعة القانونية لهذا العقد في الفقرة الأولى، قبل التطرق لانعقاد العقد في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: الطبيعة القانونية لعقد تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية

الأصل في العقود عامة أنها مدنية إلا أنها تكتسب الصفة التجارية إذا ما أحاط بتكوينها ظروف معينة، فإذا أبرمت من طرف شخص طبيعي أو معنوي مكتسب لصفة تاجر ولأغراض تجارته أو بمناسبتها فإن هذه الصفة تنعكس على العقود لتصبح تجارية[1].

أما بالنسبة للعقود التي يبرمها البنك فقد اعتبرت المادة 6 من مدونة التجارة المغربية[2] أن كل من يمارس أعمال البنك يعتبر تاجرا وبالتالي فإن العقود التي يبرمها وتكون مرتبطة بأعماله تكون تجارية بالنسبة إليه، أما بالنسبة للعميل فإنه يجب معرفة صفته أولا، فإذا تعامل مع البنك على أنه تاجر

(1) علي البارودي - العقود وعمليات البنوك التجارية - منشأة المعارف - الإسكندرية - 1987 - ص 7.

(2) ظهير شريف رقم 1.96.83 صادر بتاريخ فاتح اغسطس 1996 بتنفيذ القانون رقم 15.95 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4418 بتاريخ 3 اكتوبر 1996 - ص2187.

ولأغراض تجارية يصبح العقد تجاريا بالنسبة إليه، أما إذا لم يكن تاجراً فلا تطبق عليه قواعد القانون التجاري بصريح المادة 4 من نفس المدونة.

ومن جهة أخرى فإذا كان المنظور التقليدي لمبدأ سلطان الإرادة[1] يفترض المساواة بين المتعاقدين في الإمكانيات المادية والتقنية، فإن تلك المساواة ما هي إلا مساواة نظرية في الواقع نتيجة التطور الاقتصادي والتكنولوجي وظهور المؤسسات التجارية والاقتصادية الكبرى بالخصوص في القرن 19 التي سمح لها تفوقها الاقتصادي والتقني بالتحكم في مضمون العقود التي تبرمها، نتيجة غياب المساواة التي تتحدث عنها نظرية سلطان الإرادة، مما دفع الدولة إلى التدخل تحت ستار حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وتنظيم العقود المبرمة بين طرفين غير متكافئين في محاولة لإعادة التوازن للعلاقة بينهما بصفة آمرة[2].

إلا أن التطور السريع الذي يشهده العالم في الميدانين التكنولوجي والصناعي أثبت صعوبة تدخل المشرع لتنظيم جميع العقود مما حدا ببعض المجموعات والمؤسسات ذات الوزن الاقتصادي إلى تنظيم علاقتها بزبنائها بواسطة عقود تقوم بإعدادها مسبقا بصفة موحدة توفيرا للوقت والنفقات حيث يقتصر دور الطرف الآخر فيما بعد على ملء البيانات الناقصة المتعلقة بشخصيته وبعض البيانات التكميلية، فما هي الطبيعة القانونية لهذه العقود؟

(1) انظر في نظرية سلطان الإرادة وتطبيقاتها في ق.ل.ع:
محمد شيلح ـ مبدأ سلطان الإرادة في قانون الالتزامات والعقود المغربي أسسه ومظاهره في نظرية العقد ـ رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص،جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ـ الرباط ـ السنة الجامعية 1982 ـ 1983.

(2) العربي مياد، عقود الاذعان دراسة مقارنة ـ مكتبة السلام ـ الرباط ـ الطبعة الأولى ـ 2004 ـ ص41.

يذهب بعض الفقه[1] إلى تسمية العقود التي ينفرد أحد الأطراف عادة ما يكون الطرف القوي في العلاقة على صياغة شروطها دون إمكانية مناقشة الطرف الآخر لتلك الشروط بعقود الإذعان، واشترط لإطلاق هذا الوصف عليها أن تتعلق بسلعة أو خدمة ضرورية ليس بالنسبة للفرد بذاته بل بالنسبة لمجموع الجمهور حيث لا يستطيع الأفراد الاستغناء عنها في حياتهم، وأن يكون الموجب محتكرا لتلك السلعة أو الخدمة سواء أكان هذا الاحتكار قانونيا أم فعليا أو أن تكون المنافسة على تقديم تلك السلعة محدودة وضيقة النطاق، ثم أن ينفرد الشخص المحتكر بوضع شروط العقد، وأخيرا وجود شروط تعسفية في العقد تخل بالتوازن بين الأطراف.

بينما يرى البعض الآخر[2] أنه لا يشترط في العقد لكي يوصف بأنه عقد إذعان إلا شرطي الانفراد في وضع الشروط وكون بعض هذه الأخيرة تعسفية.

---

(1) انظر في ذلك:

إدريس العلوي العبدلاوي ـ شرح القانون المدني ـ النظرية العامة للالتزام ـ نظرية العقد ـ مطبعة النجاح الجديدة ـ الدار البيضاء ـ الطبعة الأولى 1996 ـ ص 158 وما بعدها.

عبد الرزاق السنهوري ـ الوسيط في شرح القانون المدني ـ نظرية الالتزام بوجه عام ـ مصادر الالتزام ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة 1964 ص 229.

عبد المنعم فرج الصدة ـ نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ـ الجزء الأول ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ 1990 ـ ص747.

حسن عبد الباسط جميعي ـ أثر التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة1991 ص112.

(2) انظر في هذا الرأي:

حسام الأهواني ـ النظرية العامة للالتزام ـ الجزء الأول ـ الطبعة الثانية ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ 1995 ص124.

سعد محمد سعد ـ المسائل القانونية التي تثيرها العلاقة الناشئة عن استخدام بطاقة الائتمان بين الجهة المصدرة للبطاقة والتاجر ـ بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون ـ م.س.ص831.

وبرجوعنا لعقد تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية نجد أنه موضوع بصفة انفرادية من البنك، ليس للعميل مناقشة شروطه ويقتصر على قبوله التعاقد أو عدم قبوله، كما أنه بالاطلاع على الشروط التي يتضمنها العقد، نجد أن معظمها يصب في مصلحة المؤسسة البنكية دون مراعاة لمركز العميل إلا أن الإشكال يطرح بالنسبة لشرطي الاحتكار وضرورة الخدمة أو السلعة.

بالنسبة لشرط الاحتكار فإنه للبنوك وحدها حق تلقي الودائع من الجمهور، بالتالي فإنها تكون محتكرة للخدمات التي يتوقف تقديمها على ضرورة وجود حساب للعميل لديها ولو تم تقديمها عن طريق وسطاء، لأن العميل لا يتلقى تلك الخدمة من الوسطاء بل من البنك المتعاقد مع هؤلاء الوسطاء، أما باقي الخدمات فإن المنافسة فيها مع البنوك لا ترقى لدرجة يمكن معها القول بوجود منافسة حقيقية، لكل ذلك فإن شرط الاحتكار كذلك يعتبر موجودا في هذا العقد.

أما بالنسبة للشرط الأخير وهو كون السلعة أو الخدمة ضرورية لا يمكن للشخص الاستغناء عنها فإنه في المرحلة الحالية ليس من الضروري أن يقوم الشخص بالتعامل مع بنكه بطريقة إلكترونية ما دام أن التعامل بالطريقة التقليدية يؤدي إلى نفس النتائج بالنسبة لأغلب العملاء، لكن النظرة المستقبلية لهذه الخدمات ستؤدي إلى أن تصبح الطريقة الإلكترونية في التعامل ضرورية بالنسبة لأغلب العملاء مع تطور التجارة الإلكترونية ووسائل الدفع الإلكتروني، وبالتالي فإنه يستنتج أن شرط ضرورية الخدمة أو السلعة غير متوافر في عقد تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية في الوقت الحالي على الأقل وذلك يؤدي إلى عدم اعتباره من قبيل عقود الإذعان.

إلا أن عدم اعتبار عقد تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية من عقود الإذعان يطرح التساؤل حول مدى إمكانية اعتبارها من قبيل العقود النموذجية؟

فالعقود النموذجية أو النمطية تنقسم إلى نوعين: عقود نمطية إدارية وخاصة، الأولى تقوم بوضعها الإدارة أما الخاصة فيقوم بوضعها الأشخاص الطبيعيون أو الاعتباريون وغالبا ما تضعها الشركات الكبرى المهيمنة مثل البنوك وشركات التأمين لتوحيد شروط التعاقد بينها وبين عملائها وتكون هذه العقود مطبوعة سلفا ومرفقة بقائمة البيانات الخاصة بكل عميل[1]، والمهم في العقد لكي يعتبر نموذجيا أن يكون مطبوعا سلفا، وألا تكون شروطه قابلة للتفاوض.

لذلك فإن توفر بعض شروط عقد الإذعان في عقد تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية وتخلف الشروط الأخرى يؤدي إلى إعتباره من قبيل العقود النموذجية والتي ما هي في حقيقة الأمر إلا صورة مصغرة عن عقود الإذعان تؤدي إلى نفس النتيجة التي تؤدي إليها هذه الأخيرة[2] في عدم إعطاء الزبون القدرة على التفاوض والمساومة بشأن الشروط التي توضع بصفة انفرادية وبشكل تعسفي في معظم الأحيان من طرف البنك.

وفي انتظار تدخل تشريعي ينظم مثل هذا النوع من العقود قامت البنوك المركزية في بعض الدول بمحاولة سد هذا الفراغ عن طريق إصدار تعليماتها للبنوك في هذا الصدد ففي الأردن مثلا قام البنك المركزي الأردني بإصدار

---

(1) محمد إبراهيم دسوقي ـ الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود ـ معهد الإدارة العامة والبحوث ـ السعودية 1993 ص48.

(2) نوري محمد خاطر ـ عقود المعلوماتية ـ الدار العلمية الدولية ودار الثقافة ـ عمان 2001 ـ ص 73.

تعليمات موجهة للبنوك المقدمة لخدمات إلكترونية[1] حاول من خلالها وضع الإطار العام للعلاقة بين البنك والعميل، فقد أوجب في تلك التعليمات على البنوك أن تقوم بتنظيم العلاقة بينها وبين زبنائها من خلال عقد يتضمن بالضرورة تحديدا للمسؤوليات الواقعة على كل من الطرفين وذلك بشكل واضح ومتوازن مع تحديد سقف للتعامل يتناسب مع نوع الخدمة والوضع الائتماني للعميل وحجم مخاطره[2].

أما في المغرب فلم تصدر أية توجيهات أو تعليمات عن بنك المغرب تتعلق بتقديم البنوك لخدماتها إلكترونيا، الأمر الذي فتح مجالا واسعا للبنوك لكي تقوم بتضمين عقودها شروطا في أغلبها تصب في مصالح البنك.

الفقرة الثانية: انعقاد العقد

يمكن إبرام عقد تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية بالطريقة التقليدية، ويمكن أن يتم كذلك بطريقة إلكترونية[3]، فإذا كانت الطريقة الأولى لا تطرح إشكالا فيما يتعلق بوضوح التعبير عن الإرادة وصحته، فإن الطريقة الإلكترونية للتعاقد تطرح العديد من الإشكالات أهمها يتمثل في

---

(1) تعليمات البنك المركزي الأردني حول ممارسة البنوك لأعمالها بوسائل إلكترونية رقم (2001/8) بتاريخ 2001/07/26 الصادره سندا لأحكام المادة 99/ب من قانون البنوك رقم 28 لعام 2000.

(2) المادة 1/6 من تعليمات البنك المركزي الأردني.

(3) الداعي إلى هذا التمييز ما أفرزه واقع العمل البنكي حيث تسمح بعض البنوك لعملائها بإبرام عقد تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية عبر الإنترنت بينما لا تسمح أخرى بذلك وتشترط حضور العميل شخصيا لأحد فروع البنك لتوقيع العقد، انظر في هذا الاختلاف:

البنك العربي www. arabbank.com.

البنك الشعبي www.Chaabi.net.

البنك العربي الوطني www.anb.com.sa.

طبيعة العرض أو الإعلان الذي يقوم به البنك على صفحة web الخاصة به على شبكة الإنترنت فيما إذا كان يعتبر بمثابة إيجاب أم مجرد دعوة إلى التعاقد؟ الشيء الذي يقودنا كذلك إلى التساؤل حول كيفية تحديد عنصرا التراضي في العقد الإلكتروني؟

أولاً: طبيعة عرض تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية على الإنترنت

لا يستلزم القانون وقوع التعبير عن الإرادة في صورة معينة، بل يجعل حرية التعبير عن الإرادة هي الأصل، فقد يكون هذا التعبير صريحا أو ضمنيا، فيكون صريحا إذا كانت الوسيلة المستعملة تدل بذاتها بشكل مباشر على المعنى المقصود مما لا يبقى فيه احتمال أي معنى آخر، ويكون ضمنيا إذا كانت الوسيلة المستخدمة لا تدل بذاتها على المعنى المقصود لكن ظروف الحال ترجح المعنى المقصود عن غيره من المعاني[1].

والتعبير الصريح يمكن أن يكون باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما أنه يمكن أن يأتي بغير الوسائل التقليدية أي بوسيلة إلكترونية[2] مع ضرورة أن يكون هذا التعبير متضمنا للحد الأدنى من الشروط التي تسمح بأن ينسب لصاحبه والتأكد من صحته[3].

أما في إطار الخدمات البنكية الإلكترونية فإن البنك يعبر عن رغبته في

---

(1) إدريس العلوي العبدلاوي ـ نظرية العقد ـ مس.ص173.

(2) يرى البعض أن التعبير عن الإرادة بواسطة الحاسوب يمكن إدراجه ضمن التعبير عن الإرادة بالكتابة لكنها كتابة من نوع خاص، انظر منذر الفضل، سيد شيخو ـ عقود التجارة الإلكترونية ـ مجلة القانون الأردنية ـ عدد3 ـ 1994 ص57.

(3) أحمد شرف الدين ـ عقود التجارة الإلكترونية تكوين العقد وإثباته ـ دروس الدكتوراه لدبلومي القانون الخاص والتجارة الدولية ـ جامعة عين شمس القاهرة ص115.

التعاقد عن طريق عرض خدماته على شبكة الإنترنت، فهل يعتبر ذلك بمثابة إيجاب؟

يمكن تعريف الإيجاب في البداية على أنه تعبير عن إرادة شخص يعرض على غيره أن يتعاقد معه[1] أي أنه عبارة عن تعبير عن الإرادة من طرف شخص وموجه إلى شخص أو عدة أشخاص آخرين يعرض عليهم الدخول في رابطة عقدية ينتج عنها آثار قانونية[2].

يستنتج من ذلك أن الرغبة في الالتزام هي مناط اعتبار التعبير عن الإرادة بمثابة إيجاب لذلك فإنه يشترط في هذا التعبير أن يكون جازما أي معبرا عن إرادة مصممة وعازمة نهائيا على إبرام العقد إذا ما صادف الإيجاب قبولا، كما يشترط فيه أن يكون محددا وكاملا[3]، وإذا ما وجدت جميع تلك الشروط فإن الموجب لا يملك رفض التعاقد إذا وقع قبول لذلك الإيجاب.

وبالرجوع للقوانين التي تطرقت إلى موضوع الدعوة للتعاقد[4]، نجد على سبيل المثال القانون المدني الأردني الذي ينص في المادة 94 منه على أنه "يعتبر عرض البضائع مع بيان أثمانها إيجابا أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعرض أو طلبات موجهة للجمهور والأفراد فلا تعتبر عند الشك إيجابا وإنما دعوة للتعاقد".

---

(1) مامون الكزبري نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي - شركة الهلال للطباعة - بيروت 1978 - ص 54.

(2) إدريس العلوي العبدلاوي - نظرية العقد - م.س.ص198.

(3) أسامة أبو الحسن مجاهد - التعاقد عن طريق الإنترنت - دار الكتب المصرية - المحلة الكبرى 2005 ص 68.

(4) لم ينظم المشرع المغربي الدعوة إلى التعاقد واكتفى بالإشارة إليها في إطار إقامة المزايدة حيث جاء في مطلع الفصل 38 تلك المادة أنه " إقامة المزايدة تعتبر دعوة إلى التعاقد...".

بخصوص هذه المادة رأى البعض[1] أن الإعلان والعرض إذا ما تضمن العناصر الأساسية للتعاقد فإنه يعتبر إيجابا أما إذا لم يتضمنها فهو دعوة للتعاقد، إلا أنه من خلال قراءتنا المتأنية لهذه المادة نلاحظ أن التمييز بين الإيجاب والدعوة إلى التعاقد في هذه المادة لا يرتبط ببيان العناصر الأساسية للتعاقد بقدر ما يرتبط بالإرادة المعبرة بشكل بات عن الرغبة في الالتزام إذا ما وجد من يقبل ذلك العرض دون إمكانية رفض التعاقد مع الشخص الذي عبر عن قبوله طالما بقي الإيجاب ملزما.

وفي إطار عرض الخدمات البنكية الإلكترونية على شبكة الإنترنت، فإنه يمكن اعتبار هذا العرض بمثابة دعوة للتعاقد للأسباب التالية:

- الأسلوب الإشهاري الذي تستخدمه البنوك في عرضها للخدمات تغري العملاء للتعاقد دون أي تفكير في مخاطر دخولهم لشبكة الإنترنت، ومن جهة أخرى فإن هذه الطرق الإعلانية ليست من الدقة والكمال حيث تعتبر إيجابية[2].
- المركز القوي للبنك يعطيه إمكانية رفض أي طلب يتقدم به عميل له للتعاقد على الخدمات الإلكترونية وهو ما يحصل في الواقع، بالإضافة إلى الحرية التي يعطيها البنك لنفسه لحجب خدماته وقت ما شاء دون إشعار في بعض الأحيان.

(1) انظر:

أحمد السعيد الزقرد ـ حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون ـ مجلة الحقوق ـ جامعة الكويت ـ العدد3 ـ سبتمبر 1999 ص 192.

رامي محمد علوان ـ التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني ـ مجلة الحقوق ـ جامعة الكويت ـ عدد 9 ـ ديسمبر 2002 ص 244.

(2) محمد السعيد رشدي ـ التعاقد... م.س.ص69.

ثانياً: الإيجاب والقبول

ينعقد العقد بالتطابق بين الإيجاب والقبول، وكما أسلفنا الذكر فإن العرض على صفحة الويب web الخاصة بالبنك للخدمات الإلكترونية لا يعدو كونه دعوة للتعاقد، لذلك فإن الإيجاب هو ما يصدر عن إرادة الزبون الراغب في الاستفادة من الخدمات الإلكترونية، حيث يقوم بملء النموذج المعد لذلك على الإنترنت من ثم إرساله إلى البنك عن طريق الضغط على أيقونة خاصة بذلك.

وحين يتوصل البنك بالطلب يتحقق من جميع البيانات الخاصة بالعميل، وتكون له الحرية الكاملة في قبول الطلب أو رفضه، فإذا تبين له صحة جميع البيانات ورغب في تقديم خدماته الإلكترونية لذلك العميل، يعبر عن قبوله عن طريق إرسال كلمة السر الخاصة بالعميل إلى بريده الإلكتروني.

أما بخصوص زمان ومكان انعقاد العقد[1] فباعتبار التعاقد عبر شبكة المواقع web يستوجب من الشخص الذي يقدم الإيجاب انتظار فترة من الزمن حتى يتوصل بالقبول، فإنها تدخل ضمن زمرة التعاقد بين غائبين بالمراسلة[2].

لذلك فإن تحديد زمان ومكان انعقاد العقد يتنازعه أربعة مذاهب[3]،

---

(1) يكتسي تحديد لحظة انعقاد العقد ومكانه أهمية كبيرة في تحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة للنظر في النزاعات الناشئة عنه كما أنها تحدد اللحظة التي يمكن فيها للموجب التحلل في إيجابه حسب ما نص عليه الفصل 26 من ق.ل.ع

راجع في ذلك إدريس العلوي العبدلاوي ـ م.س.ص222 وما بعد.

(2) أحمد خالد العجلوني ـ التعاقد عن طريق الإنترنت ـ دار الثقافة والدار العلمية ـ عمان 2002 ص 90.

(3) وهذه المذاهب هي:

- مذهب إعلان القبول.
- مذهب إصدار القبول.
- مذهب استلام القبول.
- مذهب العلم بالقبول.

لتحليل هذه المذاهب انظر: إدريس العلوي العبدلاوي ـ نظرية العقد ـ م.س.ص.223 وما بعدها.

وبالرجوع لموقف المشرع المغربي نجد أنه يتبنى مذهب إعلان القبول في الفصل 24 من قانون الإلتزامات والعقود حيث يكون العقد تاما في الزمان والمكان الذي يعبر فيه من وجه إليه الإيجاب عن إرادته بقبوله التعاقد، وفق ذلك يعتبر العقد منعقدا في الزمان والمكان اللذين يرسل فيهما البنك الرقم السري الزبون.

إلا أن هذا المبدأ وجهت له العديد من الانتقادات أهمها أن الإعلان عن القبول يصدر عن القابل وحده دون تدخل من الموجب مما يؤدي إلى صعوبة إثباته إلا ممن صدر عنه فكيف للزبون إثبات أن البنك حرر رسالة تتضمن الرقم السري لكنه لم يرسلها[1] كما أخذ على هذا المبدأ بأنه لا يكفي لتوافق إرادتين وجود إيجاب وقبول متطابقين بل لابد من تبادل علم كل من الطرفين بإرادة الآخر[2].

بالنسبة لعقد تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية فلا يكفي الإعلان عن القبول، بل لا بد من إرسال كلمة السر للزبون حتى يستطيع المباشرة في تنفيذ العقد، وحتى يعلم رغبة البنك أو عدم رغبته في التعامل مع الزبون عن طريق الإنترنت، لذلك فمن الأفضل الأخذ بمذهب العلم بالقبول لتحقيق أكبر قدر من الاستقرار للمعاملات، وهو ما تبنته أكثر من 45 دولة منها فرنسا والولايات المتحدة بتوقيعها على اتفاقية فيينا في 11 أبريل 1980 المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع[3].

وبعد أن يتم إبرام العقد يشرع العميل في الإستفادة من الخدمات

---

(1) أسامة أبو الحسن مجاهد م.س.ص92.

(2) إدريس العلوي العبدلاوي م.س.ص225.

(3) أسامة أبو الحسن مجاهد - م.س.ص95.

الإلكترونية، إلا أنه يطرح التساؤل حول مدى توافق تلك الخدمات مع النصوص الجاري بها العمل؟ سنقوم في المبحث التالي بدراسة أهم الخدمات البنكية الإلكترونية المقدمة من الناحيتين القانونية والعملية.

المبحث الثاني
الخدمات البنكية المقدمة إلكترونياً

تتعدد الخدمات التي تقدمها البنوك الإلكترونية، منها ما يتعلق بالتوجيه الصحيح للعملاء لميادين الاستثمار المختلفة، ومساعدتهم في شراء الأسهم والتعامل بالبورصة، بالإضافة إلى خدمات دفع وتحصيل الفواتير المختلفة، إلا أن أهم تلك الخدمات ظهر بظهور التجارة الإلكترونية وكان ظهورها نابعا من ضرورة توفير وسائل الدفع الملائمة لطبيعة التجارة الإلكترونية، لهذا قامت بعض الشركات المختصة بتطوير الوسائل التقليدية التي ترتكز على الدعائم الورقية ليصبح بالإمكان تداولها عبر أجهزة الحاسوب، وقامت بابتكار طرق جديدة لم تكن معروفة من قبل الشيء الذي أظهر بوضوح الدور الكبير الذي تقوم به البنوك في تطوير التجارة الإلكترونية.

وعليه سنقوم من خلال هذا المبحث بدراسة بعض الخدمات البنكية التقليدية التي أصبحت تقدم بوسائل إلكترونية، مع دراسة مدى انطباق القواعد التقليدية على الشكل الجديد الذي أصبحت تتخذه وذلك في المطلب الأول، ثم نقوم في المطلب الثاني بالتطرق لأهم وسيلة دفع حديثة أنتجها التطور التكنولوجي في المجال المالي ممثلة في النقود الإلكترونية من الناحيتين العملية والقانونية.

المطلب الأول
الخدمات البنكية التقليدية المقدمة إلكترونياً

تأثرت العديد من الخدمات البنكية بالتطور الحاصل في ميدان الاتصالات وأصبح تقديمها يتم بعيدا عن الإجراءات اليدوية واستخدام الدعائم الورقية والتوقيع اليدوي المباشر، لكن هذه الطريقة الحديثة لا تخلو بدورها من الإشكالات العملية والقانونية[1].

وسنتناول في هذا المطلب أهم تلك الخدمات في فقرتين نبدأ في الفقرة الأولى بدراسة الشيك الإلكتروني والاعتماد المستندي الإلكتروني، ونختم بالتطرق للتحويل البنكي الإلكتروني في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: الشيك الإلكتروني والاعتماد المستندي الإلكتروني

تهدف البنوك الإلكترونية من خلال المعاملات المالية التي تجريها مع الأفراد التجار وغير التجار والمؤسسات التجارية الحكومية وغير الحكومية إلى زيادة الأرباح من خلال السيطرة على التكاليف وخفض المصروفات التشغيلية متخذة من التكنولوجيا أدوات لتحقيق ذلك، وتعمل الشيكات الإلكترونية[2]

---

(1) انظر على سبيل المثال ما تثيره الكمبيالة المفنطة من إشكاليات قانونية ـ محمد الشافعي ـ الأوراق التجارية ـ سلسلة البحوث القانونية ـ المطبعة والوراقة الوطنية ـ مراكش ـ الطبعة الثالثة ـ 2002 ـ ص27ـ29.

(2) حيث تشير الإحصائيات في الولايات المتحدة الأمريكية إلى أن تكلفة تشغيل الشيك الورقي تقدر بـ79 سنتا بينما تنخفض تكلفة تشغيل الشيك الإلكتروني إلى 25 سنتا، وبالنسبة لمعالجة الشيكات في غرفة المقاصة فتتراوح في الشيكات الورقية بين 1 و1,5 دولارات أما بالنسبة لمعالجة الشيكات الإلكترونية ينخفض المبلغ الى 25 و35 سنتا.

=

"أولا" الاعتمادات المستندية الإلكترونية "ثانيا" على خفض تكاليف التشغيل مع الاستمرار في تقديم خدمة أفضل للعملاء.

أولاً: الشيكات الإلكترونية[1]

وهي عبارة عن رسالة تحتوي جميع البيانات الموجودة في الشيك الورقي العادي حيث يقوم أحد طرفي العلاقة بتحريره للطرف الثاني وإرساله له عبر البريد الإلكتروني، وتكون جميع التوقيعات التي يتضمنها الشيك توقيعات إلكترونية[2] من ثم فإنه يتمتع بنفس قوة الشيك الورقي في الدول التي تعتبر التوقيع الإلكتروني بمثابة التوقيع اليدوي وتعطيه حجية في الإثبات[3]، ومن ميزات هذه التقنية أنه لا يشترط توافر كل من الطرفين على حسابات بنفس البنك الذي يقوم بعملية المقاصة، لأن ظهور نظام المقاصة الآلية أعطى إمكانية إجراء المقاصة بين البنوك بعيدا عن الإجراءات اليدوية[4].

انظر حسين شحادة الحسين ـ العمليات المصرفية الإلكترونية ـ الصيرفة الإلكترونية، بحث مقدم إلى مؤتمر الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية الاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لجامعة بيروت العربية ـ الجزء الأول ـ الجديد في العمليات المصرفية ـ منشورات الحلبي الحقوقية ـ الطبعة الأولى ـ 2002 ـ ص201

(1) وبالإضافة إلى الشيك الورقي والشيك الإلكتروني يوجد نظام وسيط وهو ما يعرف بالشيك الذكي وهو عبارة عن نظام لإنتاج واستخدام شيكات بنكية مزودة بأشرطة ممغنطة لعلاج مسألة تزوير الشيكات وعدم وجود أرصدة وتوجد على الشيك بيانات مرئية مطبوعة وبيانات أخرى غير مرئية يتضمنها الشريط الممغنط تقرأ بواسطة جهاز خاص.

انظر موسى عيسى العامري ـ الشيك الذكي ـ بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون ـ المجلد الأول ـ م.س.ص83 وما بعد.

(2) sherif kassem « electronic commerce » delta information institute cairo ـ 2002 ـ p19.

(3) نبيل صلاح محمود العربي، الشيك الإلكتروني والنقود الرقمية ـ بحث مقدم بمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون ـ م.س.ص67.

(4) هند محمد حامد ـ التجارة الإلكترونية في المجال السياحي ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ 2003 ص 115.

أما بالنسبة لأمن هذه الوسيلة، فقد اعتمدت البنوك لتوفيره على خدمات شركات تكون بمثابة الوسيط الذي يضمن أمن وسلامة تلك الشيكات لتطور خدماتها في هذا المجال[1].

وكما أسلفنا القول فإنه ما دام أن الشيكات الإلكترونية تتوافر على جميع البيانات التي يتطلبها المشرع في الشيكات العادية فلا يوجد أي إشكال في اعتبارها شيكات قانونية في الدول التي تعترف بحجية التوقيع الإلكتروني، أما بالنسبة للمغرب فإن الإشكال يطرح حول تفسير كلمة "توقيع" الساحب الواردة في الفقرة السادسة من المادة 239 من مدونة التجارة.

ففي هذا الإطار نجد أن الفقه المغربي اختلف حول مدى إمكانية الأخذ بالتفسير الواسع لهذه الكلمة من عدمه، فذهب جانب[2] إلى أنه ما دام أن المشرع

---

(1) وقد تبنت البنوك الكبرى فكرة بناء مواصفات قياسية للشيكات الإلكترونية نظرا لأهمية هذا النوع من وسائل الدفع وبالخصوص في إجراء الدفعات التي تتضمن مبالغ كبيرة نسبيا ففي الربع الثالث من عام 2002 وحده تمت معالجة 1,46 مليار صفقة تجارية في الولايات المتحدة بواسطة الشيكات الإلكترونية بقيمة إجمالية تقدر بحوالي 3,95 مليون دولار ونتيجة لذلك ظهرت مجموعة من الشركات التي قامت بتطوير أنظمة آمنة للتعامل بالشيكات الإلكترونية، فمثلا توجد شركة teleckeck الأمريكية التي تقدم خدماتها لأكثر من 27.000 من المؤسسات المالية بالإضافة إلى وجود أنظمة أخرى مثل نظام FSTC الذي انخرطت به الحكومة الأمريكية ومجلس الخزانة الأمريكية عام 1998.

نبيل صلاح محمود العربي م.س.ص.67.

عدنان إبراهيم سرحان، الوفاء (الدفع) الإلكتروني - بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون - المجلد الأول - م.س.ص270.

رأفت رضوان - عالم التجارة الإلكترونية - نشر المنظمة العربية للتنمية الإدارية - القاهرة - 1999 ص 71.

(2) انظر في هذا الرأي:

احمد شكري السباعي - الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن - الجزء الأول - النظرية العامة للتجارة - مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء - الطبعة الثانية - 1983 ص445.

محمد أخياظ - بعض التحديات القانونية التي تثيرها التجارة الإلكترونية - مجلة الإشعاع - عدد 25 - سنة 2002 ص16.

المغربي في مدونة التجارة لم يحدد المقصود بالتوقيع فإنه يجب الأخذ بعين الإعتبار المبادئ التي تقوم عليها التجارة من سرعة وائتمان عند تفسيرها، لهذا فإن التفسير الذي يجب أن يعطى للتوقيع هو التفسير الواسع، أي أن التوقيع يكون بأي وسيلة تعبر عن إرادة الشخص في الالتزام.

أما الاتجاه الثاني[1] فذهب إلى أنه يجب دائما الرجوع إلى الأصل وبالتالي الاعتداد بالتوقيع اليدوي كتابة واستبعاد الطرق الأخرى لأنه يقدم ضمانة أكبر للحامل ما دام أن تقليد التوقيع اليدوي أصعب بكثير من تقليد الأنواع الأخرى

ونحن بدورنا نساند الاتجاه الأول على اعتبار أن عدم تحديد المشرع المغربي في مدونة التجارة للمقصود بالتوقيع يجب أن يعتبر أمرا مستحسنا لأنه يعطي إمكانية التوسع في مفهوم التوقيع، مما يحول دون بقاء الأوراق التجارية (الشيك والكمبيالة على الخصوص) حبيسة لشكلها التقليدي ولمفاهيم تقليدية لا يمكن أن تخدم في شيء، السرعة والائتمان التي تنشدها التجارة، وما يقتضيه ذلك من تيسير في تداول الحقوق الذي أصبح مطلبا أساسيا بعد ظهور التجارة الإلكترونية.

ثانياً: الاعتماد المستندي الإلكتروني

من المعروف أن قبول الودائع لا يشكل في حد ذاته النشاط الرئيسي لمؤسسات الائتمان، إنما يعتبر فقط جزءاً من النشاط الأساسي المتمثل في منح

---

(1) من مؤيدي هذا الاتجاه:

علي سليمان العبيدي وبكور المختار ـ أشكال التوقيع في التشريعين الموريتاني والمغربي ـ المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية ـ عدد33 غشت/ شتنبر 2000 ص19.

الائتمان وتوزيعه على مختلف القطاعات التجارية والصناعية المحتاجة له، باستعمال الودائع النقدية في إجراء العمليات التي لا تستطيع القيام بها بالاعتماد على أموالها الذاتية فقط[1].

فالعمليات الائتمانية التي يقوم بها البنك كثيرة يمكن أن نذكر منها القرض والخصم الوارد على الأوراق التجارية، ثم عمليات فتح الاعتماد، وهذا الأخير عبارة عن عقد يلتزم البنك بمقتضاه بوضع مبلغ نقدي تحت تصرف العميل خلال مدة معينة، ويكون للعميل الخيار في استخدام هذا المبلغ كله أو بعضه أو عدم استخدامه أو سحب كمبيالات عليه مقابل أجر يتقاضاه البنك من العميل[2].

ويتخذ الائتمان عن طريق فتح الاعتماد صورتين رئيسيتين في أغلب الحالات، ويتعلق الأمر بالاعتماد البسيط والاعتماد المستندي، والذي يمكن تعريفه بأنه تعهد صادر من البنك بناء على طلب عميله الذي يسمى الآمر بفتح اعتماد لصالح الغير الذي يسمى المستفيد مضمون بحيازة مستندات ممثلة لبضاعة منقولة، أو معدة للنقل[3].

ولقد أنشأ العرف المصرفي هذا النظام لتمويل التجارة الدولية التي تتم بين أطراف لا يعرف أي منهما حقيقة المركز المالي للآخر، فبما أن البنوك تعرف مراكز عملائها إلى حد كبير، فإنها تفتح بناء على طلبهم هذا الاعتماد للطرف

---

(1) محمد الفروجي ـ العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي ـ مطبعة النجاح الجديدة ـ الدار البيضاء ـ الطبعة الثانية 2001 ص315.

(2) حسني المصري ـ القانون التجاري وعمليات البنوك ـ بدون ناشر ـ القاهرة ـ 1987 ص 53.

(3) محمد الفروجي ـ العقود البنكية... م.س.ص348.

الآخر[1]، أما بالنسبة للضمانات التي يتوفر عليها البنك فهي عبارة عن المستندات المتعلقة بالبضائع المراد استيرادها أو تصديرها مثل المستندات التي تثبت الشحن ووثيقة التأمين وغيرها[2].

ولقد كانت الاعتمادات المستندية تتم بصورة يدوية إلا أن التطور التكنولوجي أدى إلى الاستغناء عن تلك الطريقة واستبدالها بطريقة أخرى تعتمد على استخدام الكمبيوتر وشبكة الإنترنت، حيث يقوم المستورد بإرسال طلبه لإصدار اعتماد مستندي عن طريق الإنترنت، فإذا ما وافق البنك على طلب عميله، يقوم بإرسال نص الاعتماد وبنفس الطريقة، وقبل انتهاء الأجل المحدد في الاعتماد يقوم المستفيد بإرسال كافة المستندات المتعلقة بالشحن واللازمة للحصول على قيمة الاعتماد بنفس الوسيلة، ويطلب من كافة الأطراف المشاركة في العملية كالشاحن والمؤمن أن يقوموا بإرسال مستنداتهم للبنك مصدر الاعتماد عن طريق الإنترنت.

أما إذا تدخل أكثر من بنك في العملية فإن كل واحد من البنوك يقوم بإرسال الرسائل الإلكترونية الواردة إليه للبنك المبلغ (أي البنك الذي يتعامل معه

(1) السيد محمد اليماني ـ القانون التجاري ـ الجزء الثاني ـ مكان الطبع غير مذكور ـ 1986 ص 493.

(2) محي الدين إسماعيل علم الدين ـ العمليات الائتمانية في البنوك وضماناتها ـ دار الكتب ـ القاهرة ـ تاريخ النشر غير مذكور ص 73.

وتجدر الإشارة إلى أن الاعتمادات المستندية تعتبر من أهم المعاملات غير المنظمة تشريعيا والتي يتم الاحتكام بشأنها إلى القواعد الدولية الصادرة بهذا الخصوص، وأهم تلك القواعد الصادرة عن غرفة التجارة الدولية الحاملة لرقم 500 لعام 1994، وقد أكد المجلس الأعلى في قرار له انعدام الإلزام في القواعد والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية، انظر قرار المجلس الأعلى رقم 6752 بتاريخ 3 أكتوبر 1996 ملف تجاري عدد 1890/92 منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى بمناسبة ذكراه الأربعين، المادة التجارية ـ 1997 ـ ص 167.

المستفيد) وإذا ما كانت المستندات موافقة لما ورد في الاعتماد فإنه يقوم بتحويل المبلغ بصورة إلكترونية[1].

الفقرة الثانية: التحويل البنكي الإلكتروني[2]

دفع ظهور وتطور التجارة الإلكترونية التجار والبنوك إلى البحث عن وسائل دفع آمنة تستخدم في الوفاء عبر الإنترنت، فقاموا بتطوير بعض الوسائل الموجودة وابتكروا وسائل جديدة، ويعتبر تحويل الأموال من أهم الوسائل التي تسمح لعملاء البنوك بالوفاء بديونهم دون استخدام النقود من خلال إصدار أمر بالتحويل من حساب المدين إلى حساب الدائن[3].

وبعد أن كانت البنوك تقوم بعملية التحويل بناء على أمر مكتوب وموقع من العميل، أصبح بالإمكان إعطاء الأمر بشكل إلكتروني نظرا لظهور أنظمة

---

(1) بلال عبد المطلب بدوي ـ م.س.ص1960.

وبالنسبة لمدى قانونية التعامل بالإعتمادات المستندية الإلكترونية فمع أن قواعد غرفة التجارة الدولية رقم 500 الصادرة بتاريخ 1995 لم تتضمن نصا خاصا ينظم الاعتماد المستندي الإلكتروني، إلا أن المادة 20/ب منها اعتبرت أن المستندات الصادرة عن وسائل تقنية حديثة كالكمبيوتر تعتبر مستندات أصلية مقبولة ما لم ينص الاعتماد نفسه على خلاف ذلك وشريطة أن يؤشر عليها على أنها أصلية.

كما أن سعي غرفة التجارة الدولية لتسهيل تنفيذ العقود جعلها تقبل أن يكون التوقيع على المستند بخط اليد أو بطريق الفاكس أو بالرمز أو باي وسيلة إلكترونية أو ميكانيكية أخرى، لهذا ليست هناك حاجة إلى وضع قواعد جديدة تحكم الاعتمادات المستندية الإلكترونية لأن القواعد العامة تسمح بذلك، إلا انه تجدر الإشارة إلى أن تلك القواعد إستثناسية غير ملزمة.

(2) يجب التمييز في هذا الإطار بين التحويل البنكي بين الحسابات والحوالة التي يقوم فيها البنك بدور الوساطة بين طرفين لإنجاز عملية توصيل مبلغ معين من المال يسلمه أحد الأشخاص له في بلد أو فرع معين على أن يستلمه الطرف الآخر في بلد أو فرع آخر ـ جعفر الجزار ـ العمليات البنكية ـ دار النفائس ـ بيروت ـ 1987 ص 25.

(3) وقد اعتبر المشرع الأردني في المادة 25 من قانون المعاملات الإلكترونية رقم 85 لعام 2001 التحويل الإلكتروني للأموال وسيلة مقبولة لإجراء الدفع، وكلف البنك المركزي بإصدار التعليمات اللازمة لإجراء عملية التحويل، وقد صدرت تلك التعليمات تحت رقم 2004/20 بتاريخ 18 سبتمبر 2004.

آمنــة لاســتخدامه[1]، وســنقوم في هــذه الفقــرة بدراســة التحويــل البنكــي الإلكتروني في نقطتين: نتناول في الأولى مفهوم التحويل الإلكتروني للأموال، وفي الثانية آثاره.

أولاً: مفهوم التحويل الإلكتروني للأموال

عرفت المادة 519 من مدونة التجارة التحويل البنكي بأنه "عملية بنكية يتم بمقتضاها إنقاص حساب المودع بناء على أمره الكتابي بقدر مبلغ معين يقيد في حساب آخر...".

وقد عرفه البعض[2] بأنه عملية يتم بموجبها نقل مبلغ معين من حساب إلى آخر عن طريق تقييده في الجانب المدين للآمر والجانب الدائن للمستفيد سواء أتم هذا التحويل بين حسابين مختلفين في نفس البنك أم في بنكين مختلفين.

أما بالنسبة للتحويل البنكي الإلكتروني فإنه لا يختلف عما سبق ذكره إلا في كون الأمر الذي يصدره العميل يكون بوسيلة إلكترونية مثل الإنترنت[3]، وقد يأتي ذلك إما بواسطة أمر بسيط صادر عن العميل بتحويل مبلغ معين من حسابه إلى حساب آخر، وإما نتيجة إحدى التعاملات الإلكترونية، وفي هذه الحالة الأخيرة عادة ما يتدخل طرف ثالث وسيط[4] يملك البرمجيات اللازمة لإجراء عملية التحويل بشكل آمن، حيث يقوم التاجر بتوكيل الوسيط لتحصيل المبلغ المطلوب من العميل الذي يقوم بتعبئة نموذج الدفع لدى الوسيط، فيقوم هذا

(1) محمد حسين الجبر ـ العقود التجارية والبنوك في السعودية ـ مطابع حاجة ـ الدمام ـ 1984 ـ ص233.

(2) مصطفى كمال طه ـ الوجيز في القانون التجاري ـ منشأة المعارف ـ الإسكندرية ـ 1973 ـ ص388.

(3) ممدوح ومنير الجنبيهي ـ البنوك الإلكترونية ـ م.س.ص38.

(4) وفي المغرب تم إنشاء النظام المغربي للمقاصة الآلية بين البنوك مؤخرا. ـ انظر تقرير بنك المغرب للسنة المالية 2004.

الأخير بإرسال النموذج لدار المقاصة الآلية إذا كانت البنوك مشتركة في نظام القاصة الآلية[1]، والتي تقوم بدورها بإرسال النموذج لبنك العميل الذي يتأكد من كفاية الرصيد لإجراء عملية التحويل، أما إذا لم تكن البنوك مشتركة في نظام للمقاصة الآلية، فإن الوسيط يرسل النموذج للبنك مباشرة.

وقد أدى تنظيم هذه العملية سواء من طرف بعض التشريعات[2] أو بعض البنوك المركزية[3] إلى الاستغناء عن محاولة تطويع القواعد العامة حتى يمكن القول بقانونيتها، فكيف هو الوضع بالنسبة للمغرب؟

لم ينظم التشريع المغربي التحويلات البنكية الإلكترونية ولم تصدر عن بنك المغرب أي توجيهات أو تعليمات تنظم تلك العملية، لذلك لا يبقى أمامنا إلا اللجوء للقواعد العامة، وبالخصوص المادة 519 من مدونة التجارة السالف الإشارة إليها.

فبرجوعنا لتلك المادة نلاحظ أن المشرع المغربي اشترط في الأمر الذي يصدره العميل أن يكون مكتوبا وهو ما يطرح إشكالا حول المقصود بالكتابة، فهل يشترط أن تكون يدوية أم لا؟ وهل يجب أن تكون دعامة ورقية؟ ثم هل الكتابة بحد ذاتها كافية للدلالة على الرغبة في الالتزام؟ أم يشترط أن تكون موقعة كذلك؟

(1) انظر نماذج لبعض أنظمة الوساطة في التحويلات الإلكترونية - عدنان إبراهيم سرحان - الوفاء(الدفع) الإلكتروني م.س.ص271.

(2) مثل التشريع الأمريكي للتحويلات المالية الإلكترونية رقم US - C145.

(3) مثل البنك المركزي الأردني الذي نظم عمليات التحويل الإلكتروني للأموال من خلال التعليمات الصادره عنه سندا لأحكام قانون المعاملات الإلكترونية رقم 2001/85 والتي تحمل رقم 2004/20 بتاريخ 2004/09/13.

إن واقع العمل البنكي يظهر أن البنوك تقوم بطباعة أمر التحويل على الورق حتى يستطيع العميل توقيعه، إلا أنه في خضم التطورات التكنولوجية الحديثة سيكون الحديث عن الطباعة والتوقيع اليدوي أمرا متجاوزا، لذلك فبالنسبة للمادة أعلاه، ما دام أنها لم تشترط التوقيع، فيمكن ـ من وجهة نظر الباحث المتواضعة ـ الأخذ بالمفهوم الواسع للكتابة دون الاقتصار على ضرورة ورودها على دعامة ورقية، وبالتالي إمكانية إعطاء أمر التحويل عن طريق الإنترنت وتوقيعه باستخدام التوقيع الإلكتروني[1].

ثانياً: آثار التحويل الإلكتروني

تتمثل أهم الآثار الناتجة عن تنفيذ أمر التحويل في إخراج النقود من الذمة المالية للآمر والتسجيل في الجانب المدين في حسابه بمجرد تنفيذ أمر التحويل، وفي هذا الإطار يطرح التساؤل حول الوقت الذي يمكن فيه إبطال أمر التحويل والرجوع فيه؟

يرى البعض[2] أن أمر التحويل بحد ذاته لا يؤدي إلى إخراج النقود من ذمة الآمر وبالتالي فإن الوقت الذي يتم فيه التسجيل في حساب المدين هو الوقت المعتد به للقول بتخلي الآمر عن النقود موضوع النقل بشكل حاسم، ووفقا لهذا الرأي فإن مجرد إرسال رسالة المعلومات لا تؤدي بحد ذاتها إلى إخراج النقود من الذمة المالية للآمر بالرغم من دخولها تحت سيطرة البنك، وفي هذا الصدد جاء في المادة 5/ج من تعليمات البنك المركزي الأردني لعمليات التحويل الإلكتروني

(1) سنقوم بدراسة حجية الكتابة الإلكترونية في إثبات التصرفات القانونية في إطار المعاملات البنكية الإلكترونية في المبحث الأول من الفرع الأول من الفصل الثاني.

(2) سلمان بوذياب، النقل المصرفي ـ عمليات التحويل الداخلي والخارجي ـ الدار الجامعية ـ بيروت 1985 ص189.

للأموال أن رسالة المعلومات التي تتضمن أمر التحويل تعتبر قد أرسلت من وقت دخولها إلى نظام معالجة معلومات لا يدخل في سيطرة المنشئ أو الشخص المرسل للرسالة نيابة عنه.

إلا أنه يمكن أن يتم الرجوع عن أمر التحويل حتى ولو أرسلت الرسالة طالما أن البنك لم يقم بالعملية المطلوبة كما جاء في المادة الثامنة من نفس التعليمات أن "العميل لا يكون مسؤولا عن أي قيد على حسابه بواسطة تحويل إلكتروني للأموال تم بعد أن قام بإعلام البنك عن احتمال دخول الغير إلى حسابه أو فقدانه لرمزه السري"، من كل ذلك يستنتج أنه يمكن دائما الرجوع عن أمر التحويل طالما لم يتم بعد التقييد في الحساب.

من جهة أخرى وكما هو معروف يعتبر الالتزام بالسرية المصرفية أحد أهم الالتزامات الملقاة على عاتق البنوك، إلا أن ظهور نظام التحويلات البنكية أدى إلى طرح التساؤل حول مدى تعارضها مع ذلك الالتزام؟

يمكن في البداية تعريف السر البنكي بأنه كل واقعة أو عمل تصل إلى علم البنك بمناسبة نشاطه سواء أفضى العميل نفسه إلى البنك بهذا الأمر أو أفضى به أحد من الغير ويكون للعميل مصلحة في كتمانه[1]، ويعتبر من قبيل الأسرار البنكية التي يجب على البنوك عدم الإفضاء بها مقدار حساب العميل وحركة هذا الحساب، بل إن وجود أو عدم وجود حساب للعميل لدى البنك يعتبر سراً مصرفياً يجب أن لا يفضي به البنك ولو انتهت العلاقة بينه وبين العميل[2].

---

(1) سميحة القليوبي ـ الأسس القانونية لعمليات البنوك ـ مكتبة عين شمس ـ القاهرة ـ تاريخ غير مذكور ص189.

(2) محيي الدين اسماعيل علم الدين ـ موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ـ الجزء الأول ـ شركة مطابع الطناني ـ مكان النشر غير مذكور 1987 ص 110.

فطبقا لذلك يرى البعض[1] أن هناك تعارضاً بين هذا الالتزام ونظام التحويلات البنكية حيث قد يعمد البعض إلى نقل مبلغ من النقود إلى حساب شخص معين للتأكد من وجود حساب لدى البنك المستفيد فإذا جاء الإشعار بتسجيل المبلغ اعتبر البنك مخلا بواجب السرية.

إلا أنه بالنسبة للطرح السابق فقد كان صحيحا في الوقت الذي كانت فيه حسابات العملاء لدى البنوك اسمية، أما الآن وبعد أن أصبحت الحسابات رقمية، فإن نقل الأموال لا يمكن أن يتم إلا بعد معرفة رقم حساب الشخص المستفيد، وإذا ماعرف رقم حسابه فلا يمكن الحديث عن السرية المصرفية بالنسبة لوجود أو عدم وجود حساب حيث يكون العميل قد تنازل عنها بإعطاء رقم حسابه إلى الغير ويبقى هذا الالتزام قائما بالنسبة لباقي المعلومات.

(1) سليمان بوذياب - م س ص212.

المطلب الثاني

الخدمات البنكية الحديثة "النقود الإلكترونية كنموذج"

كما قلنا سابقا فإن البنوك تلعب دورا هاما في تطوير التجارة الإلكترونية عن طريق ما توفره من وسائل تداول النقود عبر شبكة الإنترنت، إلا أن الوسائل التي سبق الحديث عنها (الشيك والتحويل الإلكتروني) يتطلب وجود تعامل سابق بين العميل والبنك وهي بطبيعة الحال عمليات تقع على حساب العميل لدى البنك، لهذا تم البحث عن وسيلة أخرى تسمح بالقيام بعمليات الدفع بشكل أكثر سرعة بالنسبة لعملاء البنوك ودون الحاجة إلى طلب إذن من البنك وإشراك الحسابات، وتسمح كذلك لغير عملاء البنوك بالتعامل عبر شبكة الإنترنت[1].

كل ذلك أدى إلى ظهور وسيلة جديدة تصلح كوسيلة دفع وأداة للإبراء ووسيط للتبادل، تقوم بغالبية الوظائف التي تقوم بها النقود العادية، أطلق عليها اسم النقود الإلكترونية[2]، وفي الواقع فإن استخدام وانتشار تلك الوسيلة سيولد آثارا هامة من الناحيتين القانونية والاقتصادية، لهذا فقبل أن نتعرض للتنظيم القانوني للنقود الإلكترونية في الفقرة الثانية سنتناول ماهيتها في الفقرة الأولى.

---

(1) توفيق شنبور - بطاقات الدفع الإلكترونية - البطاقات البنكية والنقود الإلكترونية - مؤتمر الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية - الجزء الأول - م.س.ص103.

(2) نشير إلى أن الكتابات الحديثة استخدمت مصطلحات متعددة للتعبير عن مفهوم النقود الإلكترونية فقد استخدم البعض تعبير النقود الرقمية Digital Cash او Digital money و استخدم البعض مصطلح العملة الرقميةDigital Currency كما أعطاها البعض تسمية النقود الإلكترونيةE - currency او E - money او E - cash.

محمد الشافعي - م.س.ص6.

الفقرة الأولى: ماهية النقود الإلكترونية

مرت النقود بمراحل خضعت خلالها للتطور التدريجي حسب طبيعة وظروف الحياة الاقتصادية والاجتماعية التي كانت سائدة في كل مرحلة من مراحل التطور، وقد كان لها دور مهم في توجيه وتنظيم الحياة الاقتصادية والاجتماعية، وقد ظهرت النقود الحالية نتيجة للنقائص التي اعترت نظام المقايضة، وكانت نتيجة تطور غير موجه أملته ظروف التقدم الاقتصادي الذي يستحيل على المقايضة وحدها مواجهته بعدما تشعبت ميادين تقسيم العمل واتسع نطاق التبادل[1].

لكن في الوقت الحالي أظهر التقدم التكنولوجي في مجال الاتصالات، وسرعة تطور الصناعة البنكية، وظهور التجارة الإلكترونية صعوبة استخدام النقود بشكلها الحالي لإتمام المعاملات الإلكترونية مما ساعد على ظهور النقود الإلكترونية[2]، فما المقصود بها؟ ومن الذي يقوم بإصدارها؟ وما هي آثارها؟ سنقوم في هذه الفقرة بالتطرق لمفهوم النقود الإلكترونية " أولا" على أن نتطرق للجهة المصدرة لها ولآثارها "ثانيا".

أولاً: مفهوم النقود الإلكترونية

أثار مفهوم النقود الإلكترونية نقاشا بين الفقه، فبينما أعطاها البعض[3]

(1) عقيل جاسم عبد الله ـ النقود والمصارف ـ منشورات الجامعة العربية ـ بنغازي ـ 1994 ص 13.14.

(2) محمد إبراهيم محمود الشافعي ـ النقود الإلكترونية ـ ماهيتها مخاطرها وتنظيمها القانوني ـ مجلة الأمن والقانون الصادر عن أكاديمية شرطة دبي ـ السنة الثانية عشر ـ العدد الأول يناير ـ 2004 ص4.

(3) راجع محمد سعد الجرف ـ أثر استخدام النقود الإلكترونية على الطلب على السلع والخدمات ـ مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية ـ المجلد الأول ـ م.س.ص 192.

– The consumer advisory board of the federal reserve board of the usa – federal reserve advisory meeting –2 nov – 1996 p 5.

=

مفهوما واسعا باعتبارها تلك النقود التي يتم تداولها عبر الوسائل الإلكترونية دون التمييز في ذلك بين وسائل الدفع الإلكتروني (الشيك والبطاقة البنكية) والنقود الإلكترونية، أعطاها جانب آخر[1] مدلولا ضيقا واعتبرها قيمة نقدية مخزنة على وسيلة إلكترونية مدفوعة مقدما وغير مرتبطة بحساب بنكي وتحظى بقبول واسع من غير من قام بإصدارها وتستعمل كأداة للدفع لتحقيق أغراض مختلفة.

بل أن هناك من الفقه[2] من رفض إطلاق مصطلح النقود على هذه التقنية نهائيا باعتبار أن هذه الوسيلة غير إلزامية وصلاحيتها محددة في مدة معينة وقابلة للتجديد ويمكن إيقاف العمل بها، لذلك فلا يمكن مقارنتها بالنقود العادية.

بالتالي يتضح جليا أن عدم وجود أي تنظيم تشريعي لتلك التقنية أدى إلى خلاف حول حقيقتها، وفي هذا الصدد يميل الباحث إلى الأخذ بالمفهوم الضيق للنقود الإلكترونية على اعتبار أن المميز الأساسي بينها وبين وسائل الدفع

=

وفي نفس هذا الإتجاه اعتبرها البعض الآخر نوعاً جديداً من البطاقات البنكية ظهرت لتفادي إجراء العمليات غير المرخص بها عند سرقة أو ضياع البطاقة البنكية العادية. ـ سميحة القليوبي ـ وسائل الدفع الحديثة ـ البطاقات البلاستيكية ـ مؤتمر الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية ـ الجزء الأول ـ م.س.ص60.

(1) ويلاحظ أن هذا التعريف يتطابق مع التعريف الذي وضعه البنك المركزي الأوربي حيث اعتبرها " مخزوناً إلكترونياً لقيمة نقدية على وسيلة تقنية تستخدم بصورة شائعة للقيام بمدفوعات لمتعهدين غير الذي أصدرها دون الحاجة إلى وجود حساب بنكي عند إجراء الصفقة".

محمد إبراهيم محمود الشافعي ـ الآثار النقدية والاقتصادية والمالية للنقود الإلكترونية ـ مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون ـ المجلد الأول ـ م.س.ص134.

شريف محمد غنام ـ محفظة النقود الإلكترونية ـ رؤية مستقبلية ـ مؤتمر الاعمال المصرفية الإلكترونية ـ المجلد الأول ـ م.س.ص.104.

(2) عبد الهادي النجار ـ بطاقات الائتمان والعمليات المصرفية الإلكترونية ـ مؤتمر الجديد في أعمال المصارف ـ من الوجهتين القانونية والاقتصادية ـ الجزء الأول ـ م.س.ص26.

الأخرى هو عدم ارتباطها بحساب بنكي، كما أن الأشكال الشائعة لمثل هذا النوع من النقود تحظى بقبول لا بأس به وهي تعتمد بالأساس على الثقة في المؤسسة المصدرة لها، لهذا فإنها تتميز عن وسائل الدفع الأخرى، وهو ما دفع البعض[1] إلى تشبيهها بالشيكات السياحية التي تمثل استحقاقا حرا على بنك مختص أو مؤسسة مالية أخرى وغير مرتبطة بأي حساب خاص.

والنقود الإلكترونية قد تكون مخزنة في القرص الصلب في حاسوب المستخدم وقد تكون مخزنة في بطاقة بلاستيكية يطلق عليها البطاقة الذكية[2](smart card).

ثانياً: الجهة المصدرة للنقود الإلكترونية وآثارها

يعتبر تحديد الجهة المصدرة للنقود الإلكترونية من المسائل الشائكة التي ستواجه أي تنظيم قانوني لها، حيث توجد خيارات متعددة يمكن للحكومة أن

---

(1) محمد إبراهيم الشافعي - م.س.ص 136.

(2) وتحتوي تلك البطاقة على معالج صغير (microprocesseur) مزود بذاكرة إلكترونية تسمح بتخزين المعلومات ووحدات إلكترونية تسمح بالوفاء بالديون قليلة القيمة سواء عند التاجر أو على شبكة الإنترنت، وعند الرغبة في استعمال البطاقة يقوم العميل بتحميلها بعدد من الوحدات الإلكترونية عن طريق أجهزة الصراف الآلي وذلك بتخصيص مفتاح خاص لشحن هذه البطاقة وفي تلك الأجهزة إذا ما كان الشخص متوفرا على حساب لدى البنك، أما إذا لم يتوفر على حساب فإنه يقوم بدفع قيمة شحن البطاقة بالوحدات الإلكترونية للبنك مصدر البطاقة مع بقاء البطاقة في ملكية البنك، وعند الرغبة في استعمال النقود يتم تمرير البطاقة في قارئ خاص لدى التاجر كما هو الأمر في البطاقة البنكية العادية لخصم قيمة السلعة أو الخدمة، ثم تنقل الوحدات إلى المعالج المثبت على بطاقة التاجر دون حاجة إلى توقيع أو تصديق وإذا رغب الحامل استعمال البطاقة عبر الإنترنت يجب أن يكون جهازه متوفرا على قارئ خاص لهذه البطاقة وكلما تم استهلاك الوحدات الموجودة في البطاقة فإن الحامل يمكنه إعادة شحنها بوحدات جديدة من البنك مصدر البطاقة.

شريف محمد غنام - محفظة النقود الإلكترونية - رؤية مستقبلية - دار النهضة العربية - القاهرة - 2003 ص14 - 19.

عدنان إبراهيم سرحان - الوفاء (الدفع) الإلكتروني - م.س.ص.267.

تحدد من خلالها من يسمح له بإصدار هذه النقود ، فقد يعهد للبنك المركزي بإصدارها أو للبنوك التجارية والمؤسسات المالية الأخرى.

فإذا ما اسند الأمر للبنك المركزي قضي بذلك على أغلب المشاكل القانونية والاقتصادية التي يمكن أن تثيرها تلك النقود ، بتجنيب الدولة الخسارة الناتجة عن صك العملة وإحكام سيطرتها على حجم النقود لتصبح قادرة على التحكم في السياسة النقدية والاقتصادية وتقليل التهرب الضريبي وغسيل الأموال، إلا أن ذلك من شأنه أن يحد من المنافسة التي من المتوقع أن تنشأ فيما لو سمح للمؤسسات الخاصة بإصدارها وبالتالي تحد من التطور الذي يمكن أن يلحقها[1].

أما إذا عهد للبنوك التجارية والمؤسسات المالية الأخرى بإصدارها فإن ذلك يجعل من اللازم إجراء تعديلات جوهرية على القوانين الجاري بها العمل[2] وإيجاد معايير رقابية قادرة على ضبط وإدارة إصدار وتداول هذه النقود حتى تبقى الدولة قادرة على التحكم في سياستها النقدية.

---

(1) محمد إبراهيم الشافعي ـ م.س.ص169.

(2) يلاحظ من خلال التجارب الدولية في هذا المجال أن أغلب الدول اتجهت إلى إعطاء حق إصدار النقود الإلكترونية إلى المؤسسات البنكية ، فمثلا أعطى البنك المركزي المصري هذا الحق للبنوك المسجلة في مصر بشرط التزامها بالتعليمات الصادرة عنه في هذا الإطار ، واعتنقت ألمانيا كذلك هذا الاتجاه وذلك من خلال تعديلها لقانون البنوك سنة 1998 وتبنى المجلس والبرلمان الأوروبيان كذلك نفس الاتجاه عام 2000، وهكذا فإن المزايا التي يمكن أن تتحقق من جراء قيام البنوك وحدها بهذا الإصدار تدفعنا إلى المناداة مع البعض بضرورة قصر إصدار النقد الإلكتروني على البنوك فقط لما تملكه من وسائل تجعل منها أقدر من غيرها على القيام بهذه المهمة لما تتمتع به من دعم حكومي وأهلية قانونية لإصدارها.

منير وممدوح الجنبيهي ـ البنوك الإلكترونية ـ م.س.ص 223 وما بعدها.

محمد إبراهيم الشافعي ـ م.س.ص170.

بلال عبد المطلب بدوي ـ البنوك الإلكترونية (ماهيتها معاملاتها والمشاكل التي تثيرها) ـ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ـ كلية الحقوق ـ جامعة عين شمس ـ القاهرة ـ العدد الأول ـ السنة السادسة والأربعون ـ 2004 ص94.

ومن جهة أخرى فإنه يترتب على إصدار واستخدام النقود الإلكترونية مجموعة من الآثار من الناحيتين الاقتصادية والمالية منها السلبية ومنها الإيجابية، فبالنسبة للآثار السلبية تتمثل في احتمال زيادة معدل التضخم نتيجة لزيادة عرض النقود عن حجم السلع والخدمات المنتجة إذا ما سمح للمؤسسات المالية البنكية وغير البنكية بإصدارها دون إشراف حكومي جاد، بالإضافة إلى تأثيرها على سوق الصرف والزيادة في عدم استقراره، فالتعامل الدولي في النقود الإلكترونية سيؤدي بالضرورة إلى إنشاء سوق صرف إلكتروني يوجد دافعاً قوياً للمضاربة نتيجة قيام المتعاملين عبر الإنترنت بتغيير العملة التي تنخفض قيمتها بعملات أخرى أكثر قيمة، وهو ما يفتح الباب أمام المضاربة في سوق الصرف[1]، كما يترتب على استخدام النقود الإلكترونية بعض الآثار السلبية بالنسبة لحجم العمالة بسبب استغناء المصارف وشركات الصرافة عن موظفيها نتيجة وجود سوق صرف إلكتروني عبر الإنترنت[2].

أما بالنسبة للآثار الإيجابية للنقود الإلكترونية فتتمثل في انخفاض تكاليف إصدار وطباعة النقود وتقليل تكاليف التخلص من النقود التالفة وتكاليف العد والاستلام والتسليم[3]، كما أن انتشار النقود الإلكترونية

(1) صلاح زين الدين - دراسة اقتصادية لبعض مشكلات وسائل الدفع الإلكتروني - مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون - المجلد الأول - م.س.ص.330 - 337.

(2) محمد إبراهيم الشافعي - م.س.ص.161 - 162.

(3) صالح حسين محمد الحملاوي - دراسة تحليلية لدور النقود الإلكترونية في التجارة الإلكترونية والعمليات المصرفية الإلكترونية - مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون - المجلد الأول - م.س.ص.230.

سيؤدي حسب البعض[1] إلى زيادة حجم الاستهلاك مما سيؤدي إلى انخفاض الأسعار بالنسبة للسلع والخدمات نتيجة انخفاض تكلفة إبرام الصفقات، كما ستزيد من الاستثمار في مجال الصناعات الإلكترونية وفي مجال الحاسبات بصفة خاصة لتوفير الوسائل التي يتم من خلالها استخدام النقود الإلكترونية، وكذلك في مجال إنتاج السلع والخدمات التي يسهل ترويجها عبر الإنترنت ويتم دفع ثمنها بواسطة النقود الإلكترونية، ولا شك أنها ستؤثر بصورة إيجابية في حجم العمالة في مجال إنتاج السلع والخدمات السالفة الذكر.

الفقرة الثانية: التنظيم القانوني للنقود الإلكترونية

كما هو الشأن بالنسبة لبعض وسائل الدفع الأخرى لم تحظ النقود الإلكترونية بتنظيم قانوني خاص سواء على المستوى الوطني أو الدولي، وذلك راجع بالدرجة الأولى إلى عدم نضج الأفكار الفنية والقانونية في هذا المجال، لهذا فإن إصدار أي تشريع يعالج الظواهر الاجتماعية الجديدة في وقت مبكر لظهورها يؤدي في أغلب الأحيان إلى الخطأ في تحديد الاتجاهات الصحيحة وفي وضع المفاهيم المحددة.

وإن كانت بعض التجارب الدولية[2] في هذا المجال ظهرت قبل وقت ليس بالقصير إلا أن تشريعات تلك الدول اختارت ترك الحرية للأفراد لتنظيم علاقاتهم

---

(1) محمد سعد الجرف ـ أثر استخدام النقود الإلكترونية على الطلب على السلع والخدمات ـ م س ص.195 وما بعدها.

(2) للاطلاع على التجارب الدولية في هذا المجال وللمحاولات الدولية للتنسيق بين الدول المتعاملة بالنقود الإلكتروني.

شريف محمد غنام ـ محفظة النقود الإلكترونية ـ درا النهضة العربية ـ م س ص.46. وما بعدها.

من خلال ما يبرمونه من عقود، وعلى كل فإن أطراف العلاقة الناشئة عن التعامل بالنقود الإلكترونية، هم مصدر النقود الإلكترونية والمستهلك والتاجر الذي يقبل السداد بها، فما هي الطبيعة القانونية للعلاقة الناشئة بين كل طرفين؟ وما هي التزامات كل منهم؟

سنقوم في هذه الفقرة بمحاولة تحديد الطبيعة القانونية للعلاقات الناشئة بين الأطراف في أولا على أن نتطرق للالتزامات المترتبة عليهم في ثانيا.

أولاً: الطبيعة القانونية للعلاقات الناشئة عن استخدام النقود الإلكترونية

كما قلنا سابقا فإن أطراف التعامل في النقود الإلكترونية هم المصدر والمستهلك والتاجر، ففيما يخص العلاقة القائمة بين المصدر والمستهلك فإنه يجب التمييز بين إصدار النقود وإعادة شحنها في البطاقة، فبالنسبة لإصدار النقود الإلكترونية فهي علاقة تعاقدية يقوم من خلالها البنك باستبدال النقود العادية بالنقود الإلكترونية التي يتم تخزينها في الحافظة (القرص الصلب البطاقة الذكية)، وبالنسبة لطبيعة العقد فهو على غرار عقد تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية عقد نموذجي وليس بعقد إذعان[1]، نتيجة تخلف الشروط المتطلبة لاعتبار العقد عقد إذعان وبالخصوص شرطي ضرورة واحتكارية الخدمة.

أما بالنسبة لعملية شحن وإعادة شحن البطاقة فهي تثير إشكالا حول الطبيعة القانونية للعلاقة التي تنشأ عنها، فالعميل يقوم بتقديم مقابل نقدي

(1) انظر في الرأي الذي يدخل تلك العقود ضمن عقود الإذعان.

شريف محمد غنام ـ محفظة النقود الإلكترونية ـ دار النهضة العربية ـ مس‌ص.56 وما بعدها.

للوحدات الإلكترونية التي تشحن في البطاقة، مما دفع البعض[1] إلى اعتبار العلاقة علاقة وديعة على أساس أن تلقي البنك للمبلغ الذي يقوم بتحويله إلى وحدات إلكترونية تعتبر بمثابة تلقيه لوديعة.

واعتبرها البعض الآخر[2] بمثابة عقد بيع حين يسلم البنك الشيء المبيع (الوحدات الإلكترونية) للزبون مقابل ثمن يدفعه هذا الأخير، وقد أخذ التوجيه الأوروبي رقم 2000/46 الصادر عن المجلس الأوروبي بهذا الاتجاه معتبرا إصدار النقود الإلكترونية لا يشكل نشاط تلقي ودائع ولكنه بالأحرى عملية شراء لقيمة مالية قابلة للاسترداد تمثل حقا أو ادعاء تجاه المصدر[3].

وذهب اتجاه ثالث إلى أن العلاقة بين المصدر والعميل تعد علاقة دائنية، ناشئة عن تسليم العميل للبنك نقودا حقيقية وأخذ وحدات إلكترونية في مقابلها وبما يساويها، لذلك تبقى ذمة المصدر مشغولة إلى أن يسترد العميل المبالغ التي دفعها ويسلم الوحدات الإلكترونية للبنك، وفي حالة ما إذا تعامل العميل بالوحدات الإلكترونية فإن التاجر يعتبر بمثابة المحال إليه، فكأن العميل أحال حقه تجاه المصدر للتاجر عندما اشترى منه بضائع وسدد قيمتها بالوحدات الإلكترونية[4]، وبالتالي فإن البطاقة تعتبر بمثابة سند دين على المصدر أو التزام عليه بالدفع والسداد للشخص الذي يحوز السند[5].

---

(1).tree (flan) the legal nature of electronic money.
On the website www. Austulii.edu. au /2/edu/sve – legel.html.

(2)libri (y) le paiement en ligne les opérations de commerce électronique sur l'Internet thèse université de montepllier1.1999.p136.

(3) شريف محمد غنام - م.س.ص126.

(4) Blontueb (G) la monnaie électronique : Définition nature – Revue de droit bancaire et financier – mars 2001 p134.

(5) White (L – H) the technology revolution and Monterey evolution in the" future of money in the information age " Cato Institution – in the Annual Monetary conference may 1996 Washington p.61.

وباستقرائنا للآراء السابقة فإنه في البداية لا يمكن اعتبار عملية شحن وإعادة شحن البطاقة عقد وديعة لارتباط هذه الأخيرة بحساب العميل لدى البنك، كما لا يمكن تكييفها على أنها عقد بيع لأن هذا الأخير يفترض نقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري ودفع الثمن، وبمجرد ذلك لا يستطيع أي من الطرفين استرداد ما أعطاه، والأمر على خلاف ذلك بالنسبة للنقود الإلكترونية، حيث إن العميل يمكنه دائما أن يرد النقود للبنك لاستبدالها بأموال حقيقية.

كما أن تكييف العلاقة على أنها علاقة دائنية قول يجانب الصواب على اعتبار أن انتقال الدين أو تحويله للتاجر يقتضي انتقال السند المثبت للدين وهو ما لا يحدث عند التعامل بالنقود الإلكترونية حيث يتم نقل الوحدات الإلكترونية دون البطاقة التي تبقى ملكا للبنك وحده[1].

ولذلك فإننا نساند الرأي القائل[2] إن العلاقة القائمة بين البنك والعميل في هذا الإطار تعتبر علاقة خاصة ناشئة عن التطور التكنولوجي واستقلالية هذه الوسيلة عن وسائل الدفع الأخرى وبالتالي انفراد وخصوصية العلاقات القانونية الناشئة عنها.

أما بالنسبة للعلاقة بين التاجر والعميل فإنه يطرح التساؤل حول ما إذا كان الوفاء بالنقود الإلكترونية يبرئ ذمة العميل تجاه التاجر أم تبقى ذمته مشغولة إلى حين قيام التاجر باستبدال النقود الإلكترونية بنقود حقيقية؟

---

(1) tree (A) the leged nature of electronic money opcit. P.15.

(2) شريف محمد غنام - م.س.ص119.

ذهب البعض[1] في هذا الصدد إلى التمييز بين النقود الإلكترونية والنقود الحقيقية، حيث إن الأولى لا تشكل وسيلة دفع نهائية ولا تبرئ ذمة العميل نهائيا لأن انتقال النقود الإلكترونية من العميل إلى التاجر لا يكون بغرض الدفع النهائي وإنما بغرض تحويلها بعد ذلك إلى نقود حقيقية وبالتالي فإن ذمة العميل تبقى مشغولة إلى الوقت الذي يقوم فيه التاجر باستبدال الوحدات الإلكترونية بنقود عادية.

أما الاتجاه الثاني[2] فيرى أنها تعتبر إبراء بالمعنى الصحيح ومبرئة لذمة العميل لأن إصدار هذه النقود كان وليد اتفاق بين المصدر والعميل والتاجر الذي يلتزم بعدم رفض السداد بها وهو بذلك يكون قد وافق على أنها وسيلة تبرئ ذمة العميل، وإن كانت قوتها الإبرائية لا تصل إلى القوة التي تتمتع بها النقود العادية، حيث إنها لا تكون مقبولة إلا من طرف التجار الذين تربطهم علاقة بالبنك المصدر[3].

ثانياً: التزامات الأطراف

يتحمل كل طرف في العلاقة الناشئة عن النقود الإلكترونية مجموعة من الالتزامات، فتلتزم الجهة المصدرة بتسليم البطاقة أو النقود الإلكترونية جاهزة للاستخدام من الناحية الفنية، وتلتزم بتسيلم الرقم السري إلى مالك البطاقة

(1)abels (M) le commerce sur Internet moyens de paiements et risques afferents. D.1998.p353.

(2) شريف غنام ـ م.س.ص127.

(3) وبالنسبة للعلاقة بين المصدر والمتعهد فهي كما يرى البعض اشتراط لمصلحة الغير حيث يقوم المشترط (البنك) بإبرام عقد مع المتعهد (التاجر) لإنشاء حق مباشر للمستفيد (العميل).

شريف محمد غنام ـ م.س.ص127. وما بعدها.

نفسه وتوفير إمكانية تغيير الرقم السري في الوقت الذي يشاء، كما يلتزم المصدر بتسليم العميل جميع الأدوات الفنية والتقنية اللازمة لعمل البطاقة المحتوية على النقود الإلكترونية بحيث يكون مسؤولا عن كل خطأ في تركيب البرامج والأجهزة الخاصة بذلك، ويلتزم بإعلام العميل بكافة البيانات والمعلومات المرتبطة باستعمال النقود الإلكترونية بشكل واضح وإعلامه بكافة المحاذير المتعلقة بالاستخدام.

ويلتزم كذلك بتمكين العميل من إغلاق المحفظة وإبلاغ المصدر عن فقدانها أو سرقتها من خلال تزويده بالأجهزة والوسائل التي تمكنه من إجراء ذلك الإخطار بشكل سريع، وآخر التزام للمصدر ولعله أهمها التزامه بتحويل الوحدات النقدية الإلكترونية إلى نقود حقيقية في أي وقت يطلبها العميل بدون أن يرتبط ذلك بمدة صلاحية أو ما شابه ذلك[1].

أما الالتزامات التي يتحملها العميل فتتمثل في إعلام المصدر بكل ما يتعلق بشخصيته عند التعاقد ذلك أن هذا العقد يقوم على الاعتبار الشخصي كغيره من العقود البنكية لذلك يجب على العميل أن يتحرى الصدق والأمانة عند تقديمه للبيانات المتعلقة به، كما يلتزم العميل بالمحافظة على البطاقة الذكية (محفظة النقود الإلكترونية) والتي تبقى بملكية البنك المصدر وإلا عد خائنا للأمانة، ويجب عليه كذلك الاحتفاظ بالرقم السري ومراعاة جميع تعليمات البنك المتعلقة بتأمين الرقم السري، والمحافظة عليه ذلك أنه يعتبر مسؤولا عن أي استخدام للنقود الإلكترونية، ويلتزم كذلك باستخدام البطاقة

(1) شريف محمد غنام ـ م.س.ص 134 وما بعدها.

وفقا للشكل الذي تحدده تعليمات البنك، ويلتزم كذلك بإخطار هذا الأخير في حالة سرقة البطاقة وضياعها حتى يمكن للبنك اتخاذ الإجراءات المناسبة[1].

أما بالنسبة للالتزامات التي تقع على كاهل التاجر الموافق على الانضمام لنظام الدفع بالنقود الإلكترونية فتتمثل في قبوله الوفاء بها من طرف العميل فلا يجوز له رفض ذلك وإلا عد ذلك مخالفة لبنود العقد المبرم بينه وبين البنك كما يلتزم كذلك بالتأكد من صحة البطاقة المقدمة إليه للوفاء وسلامة النقود الإلكترونية وسلامة عملية الوفاء بمجملها[2].

(1) شريف محمد غنام - م.س. ص.143.

(2) شريف محمد غنام - م.س. ص 153.

الفرع الثاني
حماية العمليات البنكية الإلكترونية

إن معرفة البنوك بمخاطر العمليات البنكية الإلكترونية يوجب عليها استخدام الوسائل التقنية المناسبة للحيلولة دون إمكانية تسرب المعلومات الخاصة بالعملاء، وسد الطريق على كل محاولة للتلاعب بحساباتهم، لكن هذا الأمر غير كاف ما لم يوجد المشرع الوسائل القانونية الكافية لتدعيم تلك الحماية، فهل استطاع المشرع المغربي توفير تلك الحماية؟

من جهة أخرى فإنه كما قلنا سابقا تبقى إمكانية إبرام عقد تقديم الخدمات البنكية عبر الإنترنت قائمة وبالتالي إمكانية وجود طرف أجنبي في العلاقة، مما يطرح إشكالية القانون والقضاء الدوليين المختصين بالنظر في النزاع الناشئ عن ذلك العقد، كما يطرح الإشكال بالنسبة لنوعية القضاء المختص.

سنقوم من خلال هذا الفرع بدراسة أمن العمليات البنكية الإلكترونية والاختصاص فيها في مبحثين نتناول في المبحث الأول الحماية الموضوعية لأمن المعلومات ونختم في المبحث الثاني بدراسة الحماية الإجرائية للعمليات البنكية الإلكترونية.

المبحث الأول
الحماية الموضوعية للعمليات البنكية الإلكترونية

تعتبر إشكالية أمن المعلومات الشغل الشاغل للقائمين على أعمال البنوك الإلكترونية، لما يمكن أن يرتبه المساس بها من خسائر سواء للبنك أو للعملاء، ولعل هذه المشكلة تعتبر من أكثر المشاكل التي تواجه البنوك التقليدية، إلا أنه يمكن القول إن المخاطر ازدادت بشكل اكثر حدة في إطار العمليات البنكية الإلكترونية بسبب انفتاح شبكة الإنترنت[1].

ولمواجهة ذلك أظهر التطور التكنولوجي في مجال حماية المعلومات مجموعة من الوسائل والتقنيات التي يمكن من خلالها وضع نظام أمني يكفل سرية وأمن التعاملات البنكية الإلكترونية، إلا أنه إذا كان من المستحيل حسب المختصين[2] توفير نظام أمني دقيق وفعال 100٪ بسبب تشابك العلاقات بين الأطراف عبر شبكة الإنترنت، فإن هذا النظام الأمني يجب أن يكون مدعما بنظام قانوني يتكفل بحماية تلك المعلومات بتجريم الأعمال الماسة بها.

وبناء عليه سنقوم في هذا المبحث بدراسة دور المشرع في حماية سرية المعلومات وذلك في المطلب الأول وبالإضافة إلى ذلك سنحاول إلقاء النظر على بعض أهم الوسائل التقنية المستخدمة لضمان أمن وسلامة العمليات البنكية الإلكترونية في المطلب الثاني[3].

---

(1) ممدوح ومنير الجنبيهي ـ البنوك الإلكترونية ـ م.س.ص130.

(2) عادل محمود شرف وعبد الله إسماعيل عبد الله ـ ضمانات الأمن والتأمين في شبكة الإنترنت ـ بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت المنعقد بكلية الشريعة والقانون ـ جامعة الإمارات العربية المتحدة ـ من1 إلى3 ماي 2000 ـ الطبعة الثالثة ـ المجلد الثاني ـ 2004ص396.

(3) وسنقوم في هذا المطلب بالتطرق للموضوع من الناحية التقنية على أن نتعرض للإشكاليات التي يثيرها استخدام تلك التقنيات في الإثبات في المبحث الأول من الفصل الثاني.

المطلب الأول
الحماية الجنائية لأمن المعلومات

تكتسي المعلومات المتداولة عبر شبكة الإنترنت والمحفوظة في الشبكات الداخلية للبنوك أهمية كبيرة لما يشكله المساس بها من آثار على الذمة المالية لعملاء البنك وعلى سمعة هذا الأخير وما يمكن أن ينتج من خسائر مادية للبنك نتيجة الإضرار بسمعته، لذلك فإن هذه المعلومات يجب أن تحظى كغيرها من الحقوق بحماية قانونية وبالخصوص حماية جنائية تكفل عدم المساس بها[1].

وسنقوم من خلال هذا المطلب بدراسة موقف القوانين المقارنة من موضوع الحماية الجنائية للمعلومات في الفقرة الأولى، على أن نتطرق لموقف القانون المغربي في هذا الموضوع في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: الحماية الجنائية لأمن المعلومات في القانون المقارن

اختلف الفقه المقارن في مرحلة من المراحل حول مدى خضوع المعلومات بصفة عامة للفعل أو السلوك الإجرامي الذي يتحقق به الركن المادي في الجرائم التقليدية

---

(1) إن المصالح المحمية في مجال المعاملات الإلكترونية متعددة، يمكن أن تتمثل في شرعية تداول البيانات أي أن يتم تداولها بشكل مشروع ممن له الصفة والحق في ذلك، كما أن موضوع الحماية الجنائية للعلامات والأسماء التجارية وبرامج الحاسب الآلي اكتسى أهمية كبرى في الآونة الأخيرة نتيجة انتشار السطو عليها مما حدى بالتشريعات الحديثة إلى تبني نصوص قانونية تحمي تلك العلامات والأسماء والبرامج.

هدى حامد قشقوش ـ الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ 2000 ص18 وما بعدها.

محمد حسام لطفي ـ الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي ـ دار الثقافة للنشر ـ القاهرة ـ 1987.

يونس عرب ـ التدابير التشريعية العربية لحماية العلامات والمصنفات الرقمية ورقة عمل مقدمة للمنتدى العربي للمعلومات دمشق موقع عرب للقانون.www.arablaw.org .

الواقعة على الأموال والسبب في ذلك راجع إلى الطبيعة المعنوية للمعلومات[1] الشيء الذي طرح الإشكال حول مدى إمكانية اعتبارها أموالا بالمعنى المقصود في القوانين التقليدية.

ففي القانون المدني المصري مثلا تعرف المادة 1/81 منه المال بأنه "كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون"، والشيء في نظر القانون هو كل ما يصلح أن يكون محلا لحق من الحقوق المالية، فالشيء غير المال، المال هو الحق الذي يرد على الشيء أو هو الحق ذو القيمة المالية والشيء هو محل الحق[2].

والأشياء تنقسم إلى أشياء مادية ومعنوية علما بأن الأموال من وجهة النظر التقليدية لا ترد إلا على الأشياء المادية مع أن الأموال حقوق، والحقوق (عينية أو شخصية أو ذهنية) هي بطبيعتها غير مادية، إلا أن السبب في عدم الاعتداد بالأموال المنصبة على الأشياء المعنوية هو كون الأشياء المادية في الماضي كانت أكثر عددا والأشياء غير المادية قليلة[3].

لذلك فإن الأشياء التي تعد من قبيل الأموال هي الأشياء القابلة للتملك، أما المعلومات فإذا ما اعتبرناها أيضا من قبيل الأشياء المعنوية فإن الحق

(1) لابد من الإشارة في هذا الشأن إلى أن الجرائم المعلوماتية التي نتحدث عنها في هذا الإطار هي تلك الواقعة على المعلومات نفسها وليس على الكيان الملموس للحاسوب أو إحدى الدعامات المخزنة فيها المعلومات لأنه لو وقع الاعتداء على هذه الأخيرة فإن هذا الاعتداء يكيف على أنه اعتداء على الأموال وبالتالي تطبق عليه قواعد القانون الجنائي التقليدي.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية الالتزام بوجه عام - الجزء الثاني - دار النهضة العربية القاهرة 1964 ص6 - 9.

(3) علي عبد القادر قهوجي - الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونياً - بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت - المجلد الثاني - م.س.ص575.

الاستئثاري بالنسبة لها لا يمكن أن يكون إلا من قبيل الملكية الأدبية أو الصناعية أو الفنية الأمر الذي يؤدي إلى استبعادها من نطاق الأموال[1].

بناء على ما سبق ذهب إتجاه من الفقه[2] إلى القول بصلاحية القواعد التقليدية للتطبيق على الجرائم الواقعة على المعلومات بالاعتماد على القيمة الاقتصادية لها من أجل إضفاء صفة المال عليها، لأن الجوهر في مجال الأموال المادية هو القيمة الاقتصادية وهذا الأمر ينطبق على المعلومات وبالتالي فإنها تعتبر من قبيل الأموال وإن كانت معنوية.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 1979 في هذا الاتجاه معتبرة أن نسخ البرامج والمعلومات دون رضا أصحابها ولأغراض شخصية يشكل جريمة سرقة[3].

أما الاتجاه الثاني فيرى أصحابه[4] أنه لا يمكن تطبيق أحكام وقواعد القانون الجنائي التقليدية على الجرائم الواقعة على المعلومات لصعوبة اعتبار

---

(1) عبد الله حسين علي محمود ـ سرقة المعلومات المخزنة في الحاسب الآلي ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ 2002 ص164.

(2) ومن مؤيديه:

هدى حامد قشقوش ـ الإتلاف غير العمدي لبرامج وبيانات الحاسوب ـ مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت ـ المجلد الثالث ـ م.س.ص901.

عبد الله حسين علي محمود ـ س.ص169 ـ 171.

(3) Oss crim 8 jan 1979 p.504.

أورده علي عبد القادر قهوجي م.س.ص.577.

(4) ومن مؤيدي هذا الاتجاه:

غنام محمد غنام ـ عدم ملائمة القواعد التقليدية في قانون العقوبات لمكافحة جرائم الكمبيوتر ـ مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت ـ المجلد الثاني ـ م.س.ص631 وما بعدها.

نائل عبد الله صالح ـ واقع جرائم الحاسب الآلي في التشريع الأردني ـ مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت ـ المجلد الأول ـ م.س.ص197.

المعلومات من الأموال لأن المعلومات ليست من الأشياء ولا ترد عليها الحيازة، وهذه الأخيرة لا تتصور إلا على الأشياء التي يمكن الاتصال بها ماديا لذلك فلا تنطبق عليها معظم الجرائم التقليدية كالسرقة التي يشترط فيها أن تقع على أموال.

وحسما للجدل الفقهي ولتضارب مواقف المحاكم تدخلت معظم التشريعات المقارنة بنصوص خاصة لتجريم المس بالمعلومات والمعطيات المخزنة والمتداولة عبر أجهزة الحاسوب.

فمثلا قام المشرع الفرنسي بتخصيص المواد 1/323 إلى 7/323 من القانون القانون الجنائي الجديد لعام 1992 للجرائم التي تقع على نظم المعالجةالآلية للمعطيات[1].

الفقرة الثانية: الحماية الجنائية لأمن المعلومات في القانون المغربي

لم يكن موقف الفقه المغربي مختلفا عن المواقف السابقة، حيث اختلف بدوره حول إمكانية أو عدم إمكانية معاقبة الجرائم المعلوماتية وفقا لنصوص

(1) ويمكن في هذا الصدد الإشارة الى التشريع الأمريكي الخاص بحماية أمن المعلومات من الناحية الجنائية، حيث قامت وزارة العدل عام 2000 بتحديد مجموعة الجرائم الداخلة في إطار جرائم الكمبيوتر وهي:

- السطو على بيانات الكمبيوتر. - الاتجار بكلمة السر.
- حقوق الطبع وعمليات القرصنة. - سرقة الأسرار التجارية بالكمبيوتر.
- تزوير الماركات التجارية. - الصور الفاضحة جنسيا واستغلال الأطفال.
- الاحتيال عبر شبكة الإنترنت. - الإزعاج عبر شبكة الإنترنت.
- تهديدات القنابل عبر الإنترنت. - الاتجار في الأسلحة والمخدرات والمتفجرات وغسيل الأموال عبر الإنترنت.
- كما خصص المشرع الفرنسي.

وللمزيد من التوسع حول القوانين التي نظمت جرائم الكمبيوتر والإنترنت أنظر:

ممدوح عبد الحميد عبد المطلب - جرائم استخدام شبكة المعلومات العالمية - (الجرائم عبر الإنترنت) - مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت - المجلد الأول - م س ص212.

القانون الجنائي التقليدية، فذهب اتجاه[1] إلى أنه بالإمكان معالجة الجرائم المعلوماتية طبقا للنصوص التقليدية في القانون الجنائي المغربي، عن طريق اتخاذ تأويل واسع للجرائم التقليدية ضد الأموال، مع أخذ الحيطة تجنبا للاصطدام مع مبدأ شرعية التجريم، وبذلك فإنه يتعين على القضاء أن يكون على معرفة مسبقة بالمبادئ الأولية للوظائف الفنية والعملية للوسائل المعلوماتية قبل أن يقوم بتأويل النصوص القانونية، وبدون ذلك ستكون هناك مخاطرة بأن تبقى تلك الجرائم خارج نطاق القانون الجنائي.

أما الاتجاه الثاني[2] يرى عدم كفاية نصوص القانون الجنائي، وأنه من الصعب تطبيق القواعد العامة التقليدية في القانون الجنائي على سائر مظاهر المعلوميات فالجرائم ضد الأموال يقصد بها حماية الأموال المادية في حين أن البرامج والمعلوميات بطبيعتها غير مادية، فرغم قيمتها الاقتصادية[3] إلا أنه لا يمكن مقارنتها بالأموال المادية مما يستدعي إيجاد نصوص خاصة لاحتواء الجرائم الواقعة عليها لسد هذا الفراغ التشريعي[4].

---

(1) ومن انصار الاتجاه:

– amzazi (m) – informatique et droit pénal – revue marocaine de droit et d'économie de développement - n°11 – 1986 p56.
– elmernissi (m) – rapport introductive –– revue marocaine de droit et d'économie de développement - n°11 – 1986 p 19.

(2) من انصار هذا الاتجاه:

– tazi sadeq (h) – l'ordinateur. le fraudeur et le judge – revue marocaine de droit et d'économie de développement - n°11 – 1986 p 64.
– ali mekouar (m) – droit et informatique – rapport de syntheses –– revue marocaine de droit et d'économie de développement – n°11 – 1986 p186.

(3) عبد الكريم غالي ـ المعلوميات والقانون خصوصيتها ومدى تطبيقها في المغرب ـ رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص ـ جامعة الحسن الثاني ـ كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ـ الرباط ـ 1988 ـ 1989 ص 174.

(4) أما بالنسبة للقضاء المغربي فقد تضاربت أحكامه في الموضوع بين إمكانية الاعتماد على قواعد القانون الجنائي في تجريم الجرائم المعلوماتية من عدم إمكانية الاعتماد عليها.

وكان يجب الانتظار حتى أواخر سنة 2003 ليضع المشرع المغربي حدا لهذا الخلاف الفقهي من خلال تدخله بمقتضى القانون رقم 03 ـ 07[1]، مضيفا إلى القانون الجنائي المواد من 3/607 إلى 11/607 ومعاقبا على جرائم المعلوميات وجرائم الحاسب الآلي تحت عنوان المس بنظم المعالجة الآلية للمعطيات، لكن ما المقصود بنظم المعالجة الآلية للمعطيات؟

إن هذا التعبير"نظم المعالجة الآلية للمعطيات"، يصعب على المشتغل بالقانون إدراك حقيقته بسهولة، كما أنه تعبير متطور يخضع للتطورات السريعة والمتلاحقة في مجال الحاسبات الآلية، لذلك فقد أحسن المشرع المغربي صنعا بعدم تحديد المقصود بها بما أن التعريفات تبقى دائما مسألة من اختصاص الفقه والقضاء.

إلا أنه يمكننا في هذا الصدد الاستئناس بالتعريف الذي وضعه مجلس الشيوخ الفرنسي أثناء الأعمال التحضيرية لمشروع قانون الجرائم المتعلقة بنظم المعالجة الآلية للمعطيات حيث عرف هذا الأخير على أنه "كل مركب يتكون من وحدة أو مجموعة وحدات معالجة والتي يتكون كل منها من الذاكرة والبرامج والمعطيات وأجهزة الإدخال والإخراج وأجهزة الربط والتي يربط بينها مجموعة من العلاقات والتي عن طريقها يتم تحقيق نتيجة معينة وهي معالجة المعطيات"[2].

حكم ابتدائية الدار البيضاء ـ عدد 167/1 بتاريخ 5 يناير 1996 ملف تلبسي عدد 89/14209.

قرار استئنافية الدار البيضاء عدد 4494 بتاريخ 24 أبريل 1998 رقم 90/1095.

أشار إليها عبد الكريم غالي ـ محاور في المعلوميات والقانون ـ البوكيلي للطباعة ـ القنيطرة ـ الطبعة الأولى ـ 1997 ص220.

(1) المتعلق بالجرائم الواقعة على نظم المعالجة الآلية للمعطيات الصادرة بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1/03/197 بتاريخ 11 نوفمبر 2003 منشور بالجريدة الرسمية عدد 5171 في 22 دجنبر 2003 ص4284.

(2) علي عبد القادر قهوجي ـ م.س.ص593.

وقد تضمن القانون رقم 03 ـ 07 مجموعة من النصوص تجرم الدخول غير المصرح به إلى نظام معالجة آلية للمعطيات، بالإضافة إلى تجريم المس بنظم المعالجة الآلية للمعطيات، لكن بمقارنة بسيطة بين كل من التشريعين المغربي والفرنسي يلاحظ وجود بعض الفوارق بينهما وتتمثل في:

- عاقب المشرع المغربي في المادة 607/ 9 بنفس عقوبة الجريمة عند الاشتراك في عصابة أو الاتفاق من أجل الإعداد لواحدة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في المواد السابقة واشترط المشرع المغربي في الإعداد أن يأتي في صورة واحدة أو أكثر من الأفعال المادية.

إلا أن تعبير الأفعال المادية المنصوص عليها في نهاية الفصل السابق تجعلنا نتساءل عن المقصود بها، فهل يقصد بها الأفعال التي تسبق الشروع في ارتكاب الجريمة، أم الأفعال التي تشكل بدءا في ارتكاب الجرائم أو الشروع فيها؟

لقد كان المشرع الفرنسي أكثر وضوحا في المادة 4/323 عندما عاقب على الأفعال المادية التحضيرية التي يفهم منها أن العقاب يكون حتى على الأعمال التي تسبق الشروع أو المحاولة في ارتكاب الجريمة المعلوماتية، وهو ما يعد خروجا عن القواعد العامة، حيث عاقب المشرع على الاعمال التحضيرية التي تسبق البدء في التنفيذ المادي للجريمة[1] لذلك فعلى الأرجح أن المشرع المغربي كان يقصد بالأعمال المادية الواردة في المادة 9/607 تلك الأعمال التحضيرية السابقة للشروع في ارتكاب الجريمة على غرار ما هو منصوص عليه في القانون الفرنسي لأن الغرض من هذا الفصل هو تقرير نوع من الحماية

(1) مدحت عبد الحليم رمضان ـ الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ 2001 ـ ص47.

الوقائية لنظم المعالجة الآلية للمعطيات ضد المخاطر التي تنشأ عن النشاط غير المشروع لبعض مواقع الإنترنت التي قد تسهم من خلال المعلومات التي تقدمها في التحضير لارتكاب الجرائم.

- نص المشرع المغربي على جريمة تزوير الوثائق المعلوماتية في الفصل 7/607 إذا كان من شأن هذا التزوير إلحاق ضرر بالغير، أما المشرع الفرنسي فبعدما كان ينص على هذه الجريمة في المادتين 5/462 و6/462 من قانون الغش في المعلوماتية لعام 1988 قرر عند صدور القانون الجنائي الجديد لعام 1992 إلغاء المادتين السابقتين وإضافة هذه الجريمة إلى تزوير المحررات العادية بتعديل المادة 441 من القانون الجنائي.

ومن خلال التعرض لموقف المشرعين يمكن القول إن موقف المشرع الفرنسي أجدر بالتأييد على أساس أن تجريم كل من الفعلين التزوير والمساس بنظم المعالجة الآلية للمعطيات يقوم على حماية مصلحة مختلفة، فالمصلحة من تجريم التزوير هو حماية الثقة العامة في المحررات والمستندات، أما المصلحة من تجريم المس بالمعطيات المعالجة آليا فهو حماية تلك المعطيات نفسها.

بالإضافة إلى ذلك فإنه بالرجوع إلى المادة 7/607 من ق.ج نجد أنها تنص على أنه " دون الإخلال ...... يعاقب......كل من زور أو زيف وثائق المعلوميات أياً كان شكلها، إذا كان من شأن التزوير أو التزييف إلحاق الضرر بالغير.."، فإنه من الواضح هنا أن المشرع المغربي عندما اعتبر أن تزوير وثائق المعلوميات أياً كان شكلها يمكن أن يلحق ضررا بالغير، أضفى ولو بشكل ضمني على تلك المحررات قوة ثبوتية ،لأن التزوير لكي يعتبر جريمة يجب أن يقع على محررات لها قوة الإثبات ولا يمكن تصور أن الوثيقة أو المحرر يمكن أن تلحق ضررا بالغير إلا

إذا كانت لها حجية في الإثبات، مما يجعلنا نتساءل عن مدى توافق هذه المادة مع ما هو منصوص عليه في المادة المدنية؟ ذلك لأن المشرع الفرنسي منذ عام 1980 أعطى للوثائق الصادرة عن الحاسوب والمعالجة إلكترونيا حجية في الإثبات ثم قام بتجريم تزويرها، أما المشرع المغربي فقد نص على تلك الجريمة دون أن يحدد النطاق الذي تكون فيه تلك المحررات حجة في الإثبات[1].

وعلى العموم فإن الحماية القانونية لأمن المعلومات وحدها غير كافية، على اعتبار أن طبيعة الإنترنت كشبكة مفتوحة عالميا تجعل معرفة مرتكب الجريمة المعلوماتية أمرا من الصعوبة بمكان، لذلك كان لا بد من الاستعانة بالوسائل الوقائية الكفيلة بحماية أمن تلك المعلومات والتي تتمثل في الوسائل التقنية للحماية.

(1) بخصوص حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات فإن نظام حرية الإثبات المتعارف عليه في المادتين التجارية والجنائية يسمح بالأخذ بتلك المحررات كوسيلة إثبات أما بالنسبة للمادة المدنية فيبقى السؤال مطروحاً، وهو ما سنقوم بمناقشته في الفرع الأول من الفصل الثاني.

المطلب الثاني
تقنيات أمن العمليات البنكية الإلكترونية

تتعدد المخاطر الناتجة عن استخدام الإنترنت في المجال البنكي[1] منها ما يتخذ شكل انتحال الغير شخصية أحد عملاء البنك عن طريق سرقة كلمات السر الخاصة به أو تسجيل بعض الرسائل وإعادة إرسالها، بالإضافة إلى إمكانية اختراق الموقع والعبث بمحتوياته والاستخدام غير المرخص به والعديد من المخاطر الأخرى.

وللحماية من تلك الأخطار يتعين استخدام مجموعة من التقنيات أثبت الواقع العملي ضرورة الاعتماد عليها للحفاظ على استقرار المعاملات عن طريق الإنترنت، وسنقوم من خلال هذا المطلب بدراسة أهم التقنيات المستخدمة للتحقق من هوية العميل في الفقرة الأولى، ولأهم الوسائل المستخدمة في حماية أمن المراسلات والمواقع الإلكترونية في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: تقنيات تحديد الشخصية والتحقق منها

يهدف استخدام هذه التقنيات إلى التأكد من مشروعية الاستفادة من الخدمات البنكية الإلكترونية وأن المستفيد فعلاً هو العميل صاحب الحساب البنكي، فعند التعاقد إما أن يطلب البنك من زبونه اختيار الهوية التي سيتعامل بها مع البنك على الإنترنت (userID)[2] وكلمة مرور سرية (secret pass Word) لا

(1) انظر في تلك المخاطر: حسن طاهر داوود ـ أمن شبكات المعلومات ـ معهد الإدارة العامة ـ السعودية ـ 2004 ص 101 ـ 103.

(2) هوية المستخدم (user Identification) إما أن تكون عبارة عن اسم معين أو أي كلمة يختارها العميل وإما أن تكون عبارة عن رقم حسابه.

يعرفها إلا العميل، وإما أن يقوم البنك بتزويد عميله بالهوية وكلمة المرور بإرسالها له على بريده الإلكتروني.

وإذا كان التطور التكنولوجي قد أوجد من الوسائل ما يساعد على التحقق من الهوية بشكل أكيد فإنه بالموازاة مع ذلك تطورت وسائل السطو على المعلومات، الأمر الذي دفع البنوك إلى استخدام وسائل إضافية لحماية العملاء، وسنقوم في هذه الفقرة بالتطرق لبعض التقنيات المستخدمة في المجال البنكي وبالخصوص تقنية هوية المستخدم وكلمة السر وتقنية كلمة السر التي لا تتكرر.

أولا: نظام هوية المستخدم وكلمة السر

عند دخول العميل لموقع البنك على الإنترنت بقصد الاستفادة من الخدمات الإلكترونية، فإن أول ما يصادفه طلب إدخال هوية المستخدم وكلمة السر حتى يتمكن من الوصول لحسابه، وبالتالي فإن إدخالهما يشكل وسيلة للتحقق من الشخصية ودليلاً على أن الذي قام بالعملية هو صاحب الحساب، وإذا كان موقع البنك يسمح بإجراء العمليات بمجرد الدخول إليه باستخدام الهوية وكلمة السر فإنهما بذلك يشكلان دليلا على اتجاه إرادة العميل إلى الالتزام بمقتضى العملية التي أجراها وبناء عليه يطرح التساؤل حول مدى اعتبار هذا النظام بمثابة توقيع إلكتروني؟

بالرجوع إلى القوانين التي نظمت التوقيع الإلكتروني نجد مثلا أن المشرع الأردني قام بتعريفه في المادة الأولى من قانون التعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001 بأنه "البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو غيرها، تكون مدرجة بشكل إلكتروني أو ضوئي أو رقمي أو أي وسيلة أخرى مماثلة في رسالة

معلومات أو مضافا إليها أو مرتبطة بها ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره من أجل توقيعه وبغرض الموافقة على مضمونه".

بالتالي فإن استخدام هذا النظام للولوج للخدمات البنكية يمكن اعتباره بمثابة توقيع إلكتروني لأنه لا يمكن إجراء العملية إلا بإدخال كلمة السر وهوية المستخدم وهي بذلك تكون مرتبطة برسالة المعلومات المتضمنة للعملية المجراة، وباعتبارها خاصة بالعميل وحده فإنها تميز شخصيته وتدل عليها وعلى إرادته في القيام بالعملية والالتزام بمضمونها.

إلا انه رغم الاحتياطات التي قد يتخذها العميل من أجل عدم كشف كلمة السر الخاصة به فإن ابتكارات بعض الأشخاص الذين يحترفون الإجرام عبر الإنترنت تجعلهم قادرين على التوصل لمعرفتها[1] مما دفع البنوك إلى استخدام وسائل حمائية إضافية مثل كلمة السر التي لا تتكرر.

ثانياً: كلمة السر التي لا تتكرر

يستخدم هذا النظام كوسيلة إضافية للنظام السابق، حيث تقوم بعض البنوك باستخدامه مع عملائها عند إجراء العمليات التي تتضمن أوامر الدفع، أي بعبارة أخرى تلك العمليات المؤثرة في الذمة المالية للعميل.

---

(1) وذلك باستخدام الأساليب التقنية للاقتحام والسطو ولعل أكثر أساليب السطو على كلمات سر استخداما هو ما يعرف بأسلوب الاقتحام العشوائي أو التخمين العشوائي، حيث يقوم المقتحم بتجربة كل القيم الممكنة أو يقوم باستخدام كلمات القاموس مثلا، وقد ظهرت على شبكة الإنترنت مجموعة من البرامج تقوم بهذه المهمة بسرعة فائقة مثل برنامج (lophet crack) ويقوم هذا البرنامج بالتخمين العشوائي لمعرفة كلمة السر ويمكن من خلال عدة ساعات من المحاولة معرفة كلمة السر، ويمكن كذلك أن يقوم المجرم بانتحال شخصية البنك أو أحد موظفيه طالبا من العميل إعادة إرسال اسم المستخدم وكلمة السر حيث توجد العديد من البرامج على الإنترنت تسمح بتزوير مصدر الرسالة.انظر:
حسن طاهر داوود - م.س.ص.143.
مصطفى محمد أساليب إجرامية بالتقنية الرقمية - ماهيتها ومكافحتها - دار الكتب القانونية - المحلة الكبرى 2005 - ص26 وما بعدها.

وبالنسبة لطريقة عمل هذا النظام فإنه يمكن التمييز بين طريقتين: الطريقة الأولى تسمى نظام (S/key) وتعتمد على اشتراك كل من العميل والبنك للتوصل لكلمة السر التي لا تتكرر، حيث يتم تزويد كل منها في البداية بنفس جملة المرور(pass phrase) وعدد مرات إدخال البيانات لخوارزمية القيمة الاختبارية (hash)[1]، فيبدأ العميل بإرسال رسالة البداية، فيرد البنك برقم عشوائي (seed) يتم استخدامه في استخراج كلمة السر التي لا تتكرر في ثلاث خطوات:

- **الخطوة التمهيدية:** حيث يدخل العميل جملة المرور ويتم إضافتها إلى الرقم العشوائي ثم ترسل إلى البنك.
- **خطوة التوليد:** حيث يتم تنفيذ خوارزمية القيمة الاختيارية عدة مرات على هذه الجملة لإنتاج كلمة سر ذات 64 خانة (Bit)[2] أوأكثر، هذا العدد من المرات هو المخزن في جهازي العميل والبنك.
- **خطوة العرض:** حيث تأخذ كلمة السر المنتجة في المرحلة السابقة وتعرض بصورة مقروءة وفي المرحلة النهائية يستخدم العميل هذه

---

(1) وهي عبارة عن مجموعة من العمليات الحسابية يتم من خلالها توليد مجموعة من الحروف ذات طول معين مستنتجة رياضيا من مجموعة أخرى من الحروف أطول بكثير والتي تمثل الرسالة المراد تشفيرها، كما تستخدم هذه العملية كذلك لاكتشاف تزوير البيانات حيث أن أي تغيير ولو كان بسيطا في الرسالة الأصلية يؤدي إلى تغيير كبير في القيمة الإختبارية.

حسن طاهر داوود - س ص139.

(2) يعتمد عمل الحاسب الآلي على تحويل المعلومات بكافة أشكالها (بيانات مكتوبة، صوت، صورة) إلى أرقام ثنائية وتسمى بذلك لأنها مؤلفة على وجه الحصر من أصفار وآحاد ويسمى كل صفر أو واحد بت(Bit) وما أن يتم تحويل المعلومات إلى أرقام فإنه يصبح بالإمكان تخزينها في الكمبيوتر على شكل صفوف طويلة من البتات وهذه الأرقام هي ما يطلق عليها (المعلومات الرقمية).

بيل جيتس - المعلوماتية بعد الإنترنت - ترجمة عبد السلام رضوان - سلسلة عالم المعرفة - المجلس الوطني للثقافة والفنون الآداب - الكويت - 1998 ص47.

الكلمة مرة واحدة فقط بإرسالها للبنك الذي يتأكد من صحتها، وبعد أن تتم العملية المراد إنجازها تصبح هذه الكلمة غير صالحة للاستعمال.

وإذا أراد العميل القيام بعملية بنكية أخرى يجب عليه اتباع نفس الخطوات السابقة، إلا أن تعقد هذا النظام دفع البنوك إلى استخدام طريقة أخرى تعمد فيها إلى تزويد العميل بجهاز توثيق[1] وكلمة السر اللازمة لتشغيل الجهاز.

هذا الجهاز يكون متصلا بالبنك في حالة تشغيله، فإذا أراد العميل القيام بأي عملية من العمليات التي تؤثر في ذمته المالية يقوم باستخراج كلمة السر اللازمة لذلك من الجهاز بالضغط على أحد مفاتيحه فتظهر له الكلمة بشكل مقروء على شاشة الجهاز، ثم يقوم بإدخالها في الخانة المخصصة لذلك على شاشة الكمبيوتر لتتم بذلك العملية المطلوبة.

وقد سميت هذه الطريقة بكلمة السر التي لا تتكرر لأن كلمة السر المستخرجة من جهاز التوثيق لا تكون صالحة إلا لعملية واحدة وخلال مدة محددة في دقيقة واحدة فقط، وهي شأنها شأن الكلمة المستخرجة بطريقة خوارزمية القيمة الاختبارية تعتبر بمثابة توقيع إلكتروني.

يستنتج مما سبق أن التقنيات التي سبق الحديث عنها تمكن البنك من التحقق من شخصية العميل وتؤكد في حالة استخدامها بشكل صحيح وفق تعليمات البنك أن المتعامل بها هو فعلا صاحب الحساب، لكن بالنظر إلى أن وسائل

---

(1) وهو جهاز ذو شاشة ومجموعة مفاتيح يكون متصلا مع البنك ومملوكا له ويقوم باستخراج كلمات أو أرقام بشكل عشوائي عند الضغط على أحد مفاتيحه وهذه الأرقام تظهر عند البنك الذي يتأكد من صحتها. انظر في ذلك موقع البنك العربي.www. Arabbank. com.

ارتكاب الجريمة المعلوماتية في تطور مستمر، وتنوع الوسائل التي قد يلجأ إليها المجرم فإن التحقق من الشخصية قد لا يكون كافيا إذا قام المجرم باستخدام طرق أخرى للسطو على الحسابات دون محاولته السطو على كلمات السر[1].

الفقرة الثانية: تقنيات أمن المراسلات والمواقع الإلكترونية

إن استخدام الإنترنت في العمليات البنكية لا يشكل خطرا على الذمة المالية للعملاء فقط بل إن هذا الخطر يمتد كذلك ليشمل حياتهم الخاصة[2]، فالمعلومات التي يقدمها العملاء للبنوك يمكن الاطلاع عليها باستخدام أجهزة وتقنيات بسيطة في بعض الأحيان إذا ما أدخلت لشبكة الإنترنت، الشيء الذي قد يؤثر على سمعة العميل ومستقبله المالي[3] مما حدى العاملين في الميدان الإلكتروني إلى ابتكار وسائل حديثة لحماية أمن وسرية المراسلات والمعلومات عن طريق تشفيرها "أولاً" وحماية المواقع الإلكترونية والشبكات الداخلية من خلال جدران الحماية "ثانياً".

---

(1) محمد عبد الصمد ـ الجريمة المعلوماتية والاحتساب عليها ـ مؤتمر القانون والكمبيوتر الإنترنت ـ المجلد الثالث ـ م.س.ص.875.

(2) مشكل الخصوصية يعتبر من أهم المشاكل التي ظهرت بشكل كبير مع ظهور الإنترنت واستخدامه في شتى المجالات بشكل عام حيث أثرت الخدمات التي توفرها تقنية المعلومات في أنماط السلوك والقيم الأخلاقية لدرجة يصعب معها الحفاظ على الخصوصية.

راجع في ذلك:

يونس عرب ـ متطلبات ومخاطر الانفتاح الإلكتروني من النواحي الفنية والتشريعية ـ منشور على موقع عرب القانون ـ .www.arablaw.org

يونس عرب ـ المخاطر التي تهدد الخصوصية وخصوصية المعلومات في العصر الرقمي ـ منشور في موقع عرب للقانون ـ .www.arablaw.org

(3) راجع بلال عبد المطلب بدوي ـ البنوك الإلكترونية ماهيتها معاملاتها والمشاكل التي تثيرها ـ مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون ـ م.س.ص.1985.

أولاً: التشفير (Cryptographie)[1]

يمكن تعريف التشفير بأنه تغيير مظهر المعلومات بحيث يختفي معناها الحقيقي[2]، من خلال إخفائها عن كل من ليست له صفة للاطلاع عليها أو العبث بمحتوياتها بتغيير شكلها إلى صورة لا يمكن فهمها إلا بعد إرجاعها إلى صورتها الأصلية، وذلك لا يمكن أن يتم إلا باستخدام مفتاح معين لا يملكه إلا صاحب الحق في الاطلاع على المعلومات[3].

والتشفير علم قديم وحديث في نفس الوقت، فهو ولد منذ فترة طويلة وتطور بشكل كبير بعد استخدام الحاسب الآلي حتى وصل إلى شكله الحالي، والتشفير يتخذ في مجال حماية المعلومات عدة أشكال يمكن أن نذكر منها أسلوب التشفير المتماثل أو أسلوب الرقم السري والتشفير غير المتماثل أو المفتاح العام.

فبالنسبة لأسلوب التشفير المتماثل فهو يقوم على تشفير الرسالة بالاعتماد على مفتاح واحد يستخدم كذلك في فك الشفرة، وكلما ازداد طول المفتاح أي عدد الخانات (Bits) كلما أصبح أكثر مناعة[4]، إلا أنه يؤخذ على هذا النوع

(1) يستخدم التشفير للتغلب على الأخطار التالية:
- الاطلاع ومحاولة التعديل على المعلومات المخزنة والمنقولة في الشبكة.
- إعادة توجيه بعض البيانات إلى وجهة أخرى.
- تأخير إيصال الرسائل وتغير محتوياتها واقحام رسالة زائفة.
- تغيير كلمات السر الخاصة بالمستخدمين وانتحال الشخصية.

حسن داوود ـ م.س.ص191.

(2) حسن طاهر داوود ـ م.س.ص190.

(3) عادل محمد شريف وعبد الله إسماعيل عبد الله ـ م.س.ص398.

(4) ذلك أن نظرية الاحتمالات تقول إن عدد المفاتيح المحتملة تساوي N2 حيث (N) هو عدد الخانات التي يتكون منها مفتاح التشفير، فإذا قلنا أن طول الشفرة هي 8 خانات فإن المفاتيح المحتملة تساوي 82 أي =

أنه غير كاف للتأكد من الشخصية، فحصول شخص ما على المفتاح ليس دليلا كافيا على أنه الشخص المقصود بالرسالة، وحصول شخص غير معني على المفتاح يسمح له بفك شفرة الرسالة وخلق رسائل جديدة باستخدام هذا المفتاح.

تفاديا لذلك تم استخدام أسلوب التشفير بالمفتاح العام أو أسلوب التشفير غير المتماثل، حيث يكون لدى كل من المتعاملين مفتاحين أحدهما سري (private) والآخر علني (public)، وتتمثل طريقة عمل هذا النوع في قيام الشخص بإعطاء مفتاحه العام إلى من يريد مراسلته حيث يستخدمه هذا الأخير في تشفير الرسالة أو المعلومات ولا يمكن فك هذه الشفرة والاطلاع على الرسالة إلا باستخدام المفتاح السري الذي لا يملكه إلا صاحب الشأن.

لذلك فإن ميزات هذا النوع جعلته أكثر طرق التشفير استخداما، مع أنه بطيء بعض الشيء واستخدامه يستغرق وقتا طويلا في التشفير وفي فك الشفرة،

---

256 احتمالا، ويعتمد نظام التشفير الرقمي على 56 خانة، وفي المقابل فإن الخبراء يؤكدون على أن الشفرة التي طولها 128 خانة تعتبر آمنة في الوقت الحالي بالنظر إلى سرعة معالجات الحاسب الآلي (processeur).

أما من الناحية القانونية فقد اشترطت تشريعات بعض الدول شروطا خاصة في عمليات التشفير فنجد المشرع الفرنسي مثلا في الفصل 29 من قانون الثقة في الاقتصاد الإلكتروني لعام 1999 حرر استخدام وسائل التشفير التي لا يتعدى عدد خانتها 128 خانة، وإذا ما أراد مستخدم التشفير تجاوز هذا العدد من الخانات فيجب عليه الحصول على ترخيص بذلك وإضافة إلى ذلك فإن مفتاح الشفرة التي تتجاوز 128 خانة يجب أن يوضع لدى جهات توثيق مراقبة من طرف الدولة، ولعل السبب في هذه الشرط يكمن في ضرورة إعطاء السلطات المختصة القدرة على فك الشفرة إذا ما استلزم الأمر ذلك وللحيلولة دون استخدام تلك التقنيات لتبادل المعلومات بين المجرمين بطريقة آمنة بعيدا عن مراقبة السلطات.

حسن طاهر داوود - م.س.ص193.

موقع تقنيات التشفير على الإنترنت www.Crybtographie.com.

لذلك فقد يلجأ في بعض الأحيان إلى استخدام الأسلوب الأول أي التشفير غير المتماثل في تشفير الرسالة أو المعلومات لأنه أسرع بكثير، ثم يتم استخدام الأسلوب الثاني أي التشفير المتماثل لتشفير المفتاح السري المستخدم في تشفير الرسالة وفي فكها[1]، بالإضافة إلى ذلك فإن استخدام هذا النوع من طرق الحماية لتشفير كلمات السر وهوية المستخدم يمكّن من توفير حماية أكبر مما يوفرها استخدام كلمات سر غير مشفرة.

ثانياً: جدران الحماية (Firewall)

يقوم البنك بربط فروعه المتعددة بشبكة واحدة بقصد تسهيل تبادل المعلومات والبيانات بين جميع الفروع وتسمى هذه الشبكة بالشبكة الداخلية الخاصة[2]، وإذا أراد البنك الدخول لشبكة الإنترنت فإنه يربط شبكته الخاصة بالإنترنت، لكن ذلك يؤدي إلى جعل موقع البنك عرضة للمقتحمين، الشيء الذي دفع البنوك إلى استخدام أنظمة خاصة لحماية الشبكة الداخلية من تلك المخاطر، عن طريق إقامة حاجز يفصل بين الشبكة الداخلية وشبكة الإنترنت، هذا الحاجز يصطلح على تسميته بجدار الحماية أو الجدار الناري.

وجدار الحماية عبارة عن مجموعة من الأنظمة توفر وسيلة أمنية بين الإنترنت وشبكة المؤسسة الداخلية حيث تجبر جميع عمليات الدخول إلى

---

(1) حسن طاهر داوود - م.س.ص194.

(2) ويمكن أن يقوم البنك بإنشاء شبكة خاصة افتراضية(Virtual private network (VPN وهي عبارة عن قناة اتصال مشفرة تقام من خلال شبكة غير آمنة مثل الإنترنت وتكون هذه الشبكة الافتراضية في العادة رابطة بين شبكتين أو موقعين لتشفير جميع الرسائل المتبادلة بينها.
حسن طاهر داوود - م.س.ص385 وما بعدها.

الشبكة الداخلية والخروج منها للمرور عبر هذا الجدار الذي يتصدى لجميع محاولات الدخول للشبكة بدون صفة[1]، وبشكل عام فإن جدران الحماية تمنع دخول الأخطار القادمة من شبكة الإنترنت إلى الشبكة الداخلية الخاصة بالمؤسسة البنكية[2].

وفي الختام لا بد من التأكيد على أن جدران الحماية وتقنيات التشفير والتحقق من الشخصية والتي قمنا بدراستها أعلاه لا تكفي وحدها لحماية أمن المعلومات بشكل كامل، بل لابد من استخدام تقنيات الأمن الشامل التي تضم العديد من الأجهزة والنظم مثل وسائل أمن الملفات ووسائل كشف الاقتحام وأجهزة الرقابة الداخلية والخارجية.

---

(1) إسماعيل عبد النبي شاهين ـ أمن المعلومات في الإنترنت بين الشريعة والقانون ـ مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت ـ المجلد الثالث ـ م.س.ص976.

(2) تستخدم جدران الحماية بالخصوص في:

- تركيز الإجراءات الأمنية عند نقطة واحدة لأن ذلك أفضل من توزيعها.
- فرض السياسة الأمنية التي يريدها البنك على عملائه.
- تسجيل وقائع استخدام الموقع بدقة عند مرورها بجدار الحماية.
- الحد من درجة تعرض الشبكة الداخلية للأخطار القادمة من الإنترنت.

إلا أن جدران الحماية لا تحمي من الأخطار التالية:

- الاتصالات التي لا تمر عبرها كما إذا تمت عن طريق مودم(modem) مركب في أحد أجهزة الشبكة الداخلية.
- الأخطار الحديثة التي لم يضع الجدار للحماية منها لذلك فإن تحيينه ضروري كلما ظهرت أخطار جديدة.
- كما أنها لا تحمى من الأخطار القادمة من الشبكة الداخلية نفسها، فالجرائم كما يمكن أن يرتكبها أشخاص من خارج الشبكة يمكن أن ترتكب من داخلها مثل موظفي البنك نفسه أو أحد المكلفين بصيانة برامج ونظم البنك وآخرين ممن يملكون الكفاءة التقنية للتلاعب بالبيانات من داخل الشبكة.
- حسن طاهر داوود ـ م.س.ص.263.
- إسماعيل عبد النبي شاهين ـ م.س.ص968.
- وليد العاكوم ـ مفهوم وظاهرة الإجرام المعلوماتي ـ مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت ـ المجلد الأول ـ م.س.ص14.

المبحث الثاني
الحماية الإجرائية للعمليات البنكية الإلكترونية

تتسم غالبية المعاملات التي تتم عبر الإنترنت بالطابع الدولي، فغالبا ما يكون أحد أطراف التعامل مقيما في دولة تختلف عن الدولة التي يقيم فيها الطرف الآخر، ويعود ذلك بالأساس إلى الطابع الافتراضي الذي يميز تلك المعاملات، وعدم تطلب التواجد المادي لأطراف التعامل، الشيء الذي أدى إلى بروز مجموعة من الإشكاليات القانونية، منها: إشكالية القانون الواجب التطبيق على تلك المعاملات والقضاء المختص للنظر في النزاعات الناشئة عنها.

حاولت بعض التشريعات إيجاد حلول لتلك الإشكالية بالاعتماد على قواعد القانون الدولي الخاص التي تربط فكرة العقد الدولي منذ القدم بقاعدة قانون الإرادة، فمثلما يكون لأطراف العقد مكنة وضع الشروط الخاصة بهم فإنه باستطاعتهم أيضا الاتفاق على القانون والقضاء اللذين يحكمان ذلك العقد، لذلك فإنه يتعين أن تفض كافة المنازعات الناشئة عنه وفقاً لأحكام القانون والقضاء المختارين.

إلا أن هذا المبدأ يعد السبب الرئيسي لإجحاف الطرف القوي في العقد بالطرف الضعيف، لذلك عمد الفقه الحديث[1] إلى تقسيم المعاملات المبرمة عبر

---

(1) عزت محمد علي البحيري ـ القانون الواجب التطبيق على المعاملات الإلكترونية ـ مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون ـ المجلد الرابع ـ م.س.ص1665 وما بعدها.

عصام الدين القصبي ـ تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الإلكترونية ـ مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون ـ المجلد الرابع ـ م.س.ص1611 وما بعدها.

=

الإنترنت إلى معاملات بين شركات وشركات ومعاملات بين الشركات والمستهلكين لإعطاء بعض الخصوصية لهذه العلاقة الأخيرة حتى يتم وضع بعض القيود على حرية الطرف القوي تكون عوضا لضعف الطرف الآخر.

وبناء على ذلك سنقوم في هذا المبحث بدراسة الحماية الإجرائية للعمليات البنكية الإلكترونية في مطلبين، نتناول في المطلب الأول القانون المطبق على العقد وفي المطلب الثاني تنازع الاختصاص القضائي.

=

أحمد الهواري - عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص - مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون - المجلد الرابع - م.س.ص1645 وما بعدها.

المطلب الأول
القانون المطبق على العقد

يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بإرادة الأطراف الصريحة، فإذا انعدمت هذه الإرادة، يخضع القاضي العقد للقانون الذي قصده المتعاقدان ضمنيا بالاعتماد على مجموعة معايير وضعها المشرع، أما إذا لم تتوفر تلك المعايير خضع العقد لقانون محل إبرامه.

إلا أنه تثار مشكلة صعوبة تحديد مكان إبرام العقد الدولي عبر الإنترنت بسبب اختلاف الدول في تحديد مكان إبرام العقد وزمانه، مما حتم إيجاد قانون موضوعي يحكم العلاقات القائمة عبر شبكة الإنترنت، وسنتطرق في هذا المطلب إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الخدمات البنكية الإلكترونية في الفقرة الأولى، على أن نتطرق للقانون الموضوعي الذي يحكم المعاملات الإلكترونية وذلك في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: تحديد القانون الواجب التطبيق

تعتبر قاعدة خضوع العقد الدولي من حيث موضوعه[1]، لقانون الإرادة

---

(1) تمييزا عن القانون المطبق على شكل العقد الذي حدده الفصل 10 من ق.د.خ، والذي اعتبر أن القانون الواجب التطبيق على شكل العقد هو إما القانون الوطني للطرفين، وإما القانون الفرنسي، وإما القانون المحلي، وفي هذا الصدد يرى أستاذنا الحسين بلحساني أن الاختيار الثاني يعتبر منسوخاً حكما مع بقائه لفظا بانتهاء عهد الحماية، مما يستدعي التعجيل في تعديله مع باقي النصوص التي لا زالت تكرس التبعية القانونية للمستعمر.
أستاذنا الحسين بلحساني ـ الوجيز في القانون الدولي الخاص ـ دار النشر الجسور ـ وجدة ـ 2002 ـ ص140.

إحدى أشهر وأرسخ قواعد القانون الدولي الخاص المكرسة من أغلب النظم التشريعية، ومنها التشريع المغربي في المادة 13 من القانون الدولي الخاص[1].

واختيار الأفراد للقانون الواجب التطبيق على العقد قد يكون صراحة أو ضمنا، فهو صريح إذا تضمن العقد شرطا يسمى شرط الاختصاص التشريعي، أما إذا لم يتم تضمينه هذا الشرط فيمكن أن يستفاد من إخضاع المتعاقدين عقدهم لقانون معين بالنظر لمجموعة من القرائن المحددة في الفصل 13 السالف الذكر، لكن هل يعني ذلك أن لأطراف العقد الحرية في اختيار أي قانون حتى ولو لم تكن له صلة بالعقد؟

اختلف الفقه في الإجابة عن هذا التساؤل حيث ذهب البعض[2] إلى ضرورة توفر صلة بين القانون المختار والعقد، على عكس ما رآه البعض الآخر[3] في أن حرية اختيار القانون لا يجب أن تخضع لأي قيد من أي نوع كان، بالتالي فإنه يجب أن يطبق القانون الذي اختاره المتعاقدان ولو لم يكن بينه وبين العقد أدنى رابطة، وأرى أن الرأي الأخير أقرب للصواب على اعتبار أن الفصل 13 من القانون الدولي الخاص المغربي يشترط فقط وجود طرف أجنبي في العقد لإعمال قاعدة الإسناد السالفة الذكر وهو الشرط الوحيد في هذا الفصل.

---

(1) ينص الفصل 13 على أنه " تعين الشروط الجوهرية للعقود وآثارها بمقتضى القانون الذي قصد الأطراف صراحة أو ضمنا الخضوع له، وفي حالة سكوت الطرفين إذا لم يبين القانون الواجب تطبيقه لا من طبيعة العقد ولا من الوضعية النسبية للمتعاقدين ولا من موقع الأموال تمسك القاضي بقانون موطنهما المشترك فبقانونهما الوطني المشترك، وإن لم يكن لهما موطن مشترك ولا قانون مشترك فبقانون مكان إبرام العقد".

(2) أحمد الهواري - م.س.ص1655.

محمد الأطرش - القانون الدولي الخاص - مطبعة مراكش - مراكش - 2005 ص 157.

(3) موسى عبود - الوجيز في القانون الدولي الخاص - المركز العربي للثقافة - الدار البيضاء - الطبعة الأولى - 1994 ص391.

أما إذا انعدمت الإرادة الصريحة للمتعاقدين حول القانون الواجب التطبيق بحث القاضي عن الإرادة الضمنية وفقا للقرائن المذكورة في الفصل 13 السالف الذكر بالترتيب، وتجدر الإشارة إلى أنه بالرغم من إعطاء الإرادة دورا في تحديد القانون الواجب التطبيق إلا أن هذا الاختيار يجب أن لا يخل بالنظام العام بمعناه الدولي وكذلك في دولة القاضي الذي ينظر في النزاع[1].

وفي ظل تفوق أحد الأطراف من الناحية الاقتصادية على الآخر في عقود الاستهلاك فإن تطبيق قاعدة القانون المختار[2] قد يؤدي إلى الإضرار بالطرف الضعيف نتيجة تحكم الطرف القوي بالعقد، وبالتالي اختيار القانون الذي يمنح له ميزات أكثر، الشيء الذي دفع بعض التشريعات إلى وضع قواعد حمائية للمستهلك[3]، من خلال استبعاد سلطان الإرادة في بعض الحالات واستبدانه

(1) محمد الأطرش - م.س.ص157.
موسى عبود - م.س.ص306.

(2) بالإضافة إلى هذا الضابط أخذت بعض القوانين مثل القانون الدولي الخاص السويسري وبعض الاتفاقات الدولية مثل اتفاقية لاهاي 1955 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي للمنقولات المادية بضابط "تركز العقد" ومقتضى هذه القاعدة أن الاختصاص ينعقد لقانون محل إقامة الطرف المدين بالأداء المميز في العقد ففي عقد تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية ينعقد الاختصاص لقانون الدولة التي يوجد فيها مقر البنك.
أحمد الهواري - م.س.ص1655.

(3) بالنسبة لتعريف المستهلك فإنه يتنازعه اتجاهان: أحدهما ضيق يعرفه بأنه: "الشخص الذي يتعاقد على الخدمة أو السلعة من أجل استخدامه الشخصي أو العائلي خارج نطاق نشاطه المهني أو التجاري"، والآخر موسع يعرفه بأنه: "كل من تعاقد على سلعة أو خدمة ويخرج من هذا النطاق من يتعاقد بقصد إعادة البيع"، أما بالنسبة لمسودة مشروع حماية المستهلك المغربي فقد اعتبر الفصل الثاني منه المستهلك ذلك الطرف الذي يشكل الحلقة الأخيرة في تداول السلع والخدمات، للتوسع أكثر في مفهوم المستهلك راجع:
أستاذنا الحسين بلحساني - التجديدات الأساسية في مسودة المشروع المغربي لقانون حماية المستهلك، آليات تدعيم رضا المستهلك - مجلة المحاكم المغربية - عدد 89 - 2000 - ص110.
أستاذنا الحسين بلحساني - أساس الالتزام بتبصير المستهلك ومظاهره - المجلة المغربية للاقتصاد والقانون - عدد4 - 2001 ص8.
أستاذتنا دنيا مباركة - م.س.ص47.

بضابط موطن أو محل إقامة المستهلك مثل القانون الدولي الخاص السويسري الصادر بتاريخ 1973 حيث نصت المادة 1/20 منه على "سريان قانون محل إقامة المستهلك على العقود التي يبرمها:

- إذا كان المورد تلقى الطلب في تلك الدولة.
- إذا كان إبرام العقد قد سبقه عرض أو دعاية وقام المستهلك فيها بالأعمال الضرورية لإبرام العقد.
- إذا كان المستهلك قد دعا المورد إلى الذهاب لدولة أجنبية يتم فيها طلبه".

مع ذلك فإن الاستغناء الكلي عن دور الإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيق قد يتجاوز الهدف المقصود منه ويؤدي إلى الإضرار بمصالح المستهلك، إذا كان قانون محل إقامته لا يوفر الحماية التي يمكن أن يوفرها القانون المختار.

ولعل أكثر الوسائل فعالية لحماية المستهلك هي تقييد إرادة أطراف العقد بالنصوص الآمرة في القانون الذي ينعقد له الاختصاص في حالة وجود اختيار لقانون العقد، ومفاد هذا النهج الإبقاء على دور الإرادة في تعيين القانون المطبق على العقد، دون أن تبقى لها الحرية المطلقة في ذلك، حيث تصبح مقيدة بعدم تعارض القانون الذي تتجه إليه الإرادة مع القواعد الآمرة الأكثر حمائية للمستهلك، أما إذا كان القانون المختار يوفر حماية أكبر فهو الذي يتم تطبيقه[1].

---

(1) وقد وجد هذا المنهج تكرسيه في بعض التشريعات مثل القانون الدولي الخاص النمساوي الصادر في 1978 وكذلك بعض الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية روما عام 1980.

أحمد الهواري - م.س.ص1660.

الفقرة الثانية: القانون الموضوعي الدولي للتعامل عبر الإنترنت

انطلاقا مما يثيره التعامل عبر الإنترنت من إشكاليات في تحديد القانون الواجب التطبيق ذهب جانب من الفقه الحديث[1] إلى القول إن منهج الإسناد التقليدي القائم على ضوابط ومرتكزات مكانية وجغرافية لا يتلاءم مع طبيعة المعاملات التي تتم عبر الإنترنت، فهذه الشبكة خلقت مجتمعا افتراضيا عالميا له أشخاصه وأدواته ولا تحده حدود سياسية أو جغرافية، ويظهر هذا المجتمع كما لو كان عدوا لفكرة الحدود السياسية، وهي الفكرة التي تعد السبب الرئيسي لوجود القانون الدولي الخاص ومناهجه وأهمها منهج الإسناد.

كما ثبت أن تطبيق قواعد الإسناد لحل المنازعات الناشئة عن المعاملات الإلكترونية غير مجد في كثير من الأحوال، ففي النهاية سنكون أمام تطبيق قوانين وطنية لا تتلاءم وتلك المعاملات، لذلك كان لا بد من تطبيق القانون الموضوعي للتعاملات الإلكترونية، والذي يتكون من قواعد موضوعية تستجيب للخصوصية التقنية سريعة التطور للإنترنت.

هذا القانون عبارة عن تنظيم قانوني ذي طبيعة موضوعية وذاتية، خاص بالعمليات التي تتم عبر شبكة الإنترنت، ويتشكل من مجموعة من العادات والممارسات المقبولة التي نشأت وتطورت في مجتمع الإنترنت، ولعل أهم ما تتيحه تلك الطبيعة التلقائية لهذا القانون، إمكانية التطور باستمرار مع تطور حاجات المتعاملين عبر الشبكة، مما يجنبهم قصور القواعد القانونية الوطنية عن مجاراة أنماط تعاملاتهم.

---

(1) أحمد الهواري - م.س.ص1661

عزت محمد علي البحيري. س.ص1674.

ويستمد هذا القانون قواعده الموضوعية من مصادر عديدة تتمثل في الممارسات التعاقدية المهيمنة على المعاملات الإلكترونية، الهادفة إلى احترام قواعد السلوك المستقرة في مجال التعامل عبر الشبكة والقواعد الحاكمة لسياسة استعمال الشبكة[1].

وأخيرا هناك عدد من القواعد الموضوعية لهذا القانون ذات نشأة اتفاقية يتم وضعها من قبل إحدى المنظمات الدولية الكبرى ثم يتم تكريسها بواسطة اتفاقيات دولية، وأهم تلك القواعد نجدها في قانون الأنسترال النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية[2]، الذي يتكون من سبع عشرة مادة تناولت

(1) بدأت المحاولات الدولية لتذليل العقبات في وجه التعامل عبر الوسائل الإلكترونية منذ بداية السبعينات ويمكن أن نذكر من تلك المحاولات:

- تعديل اتفاقية فارسوفيا الموقعة عام 1929 والمتعلقة بالنقل الجوي بتاريخ 1975 للاعتراف بالأدوات والمعطيات الإلكترونية في عملية النقل والشحن الجوي.
- قيام لجنة الخبراء التابعة للمجلس الأوروبي بإعداد دراسة صدرت بناء عليها توصية لجنة الوزراء في المجلس الأوروبي عام 1981 للدول الأعضاء لتعديل تشريعاتها والتنسيق فيما بينها في شأن الإثبات المعلوماتي وقد كان لهذه التوصية فضل في الاعتراف بالقيمة القانونية للسجلات المعلوماتية في الإثبات في المعاملات التجارية.
- إصدار لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عدة توصيات مثل التوصية رقم (14) الصادرة عام 1979 في شأن الاعتداد بالمستندات التجارية الصادرة بوسائل أخرى غير الكتابة واعتبارها مستندات رسمية.
- تعديل التوصية رقم (12) عام 1994 بهدف تذليل العقبات التجارية الدولية واستخدام الوسائل الإلكترونية لتحويل سندات الشحن.
- إعداد نموذج لاستخدام المعطيات المعلوماتية من خلال التوصية رقم (26)

عبد الفتاح بيومي حجازي ـ النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية ـ الكتاب الأول ـ نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيا ـ دار الفكر الجامعي ـ الإسكندرية ـ 2002 ص 157 وما بعدها.

(2) صدر هذا القانون في 2 يونيو 1996 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وتم إقراره بناء على التوصية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 162/51 في 16 ديسمبر 1996 ولعل أهم المزايا التي يتمتع بها هذا القانون هي:

=

مختلف الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية، بداية من نطاق التطبيق وتحديد المصطلحات (المواد من 1 إلى 4) إلى الاعتراف برسائل البيانات والتوقيع والكتابة والنسخة وكيفية حفظ المستندات (5 ـ 10) وكيفية تكوين ومدى صلاحية العقود والاعتراف بالوسائل المعطاة للمرسل والمرسل إليه وتحديد مكان إرسال واستقبال المعطيات (11 ـ15) ثم تطبيقات التجارة الإلكترونية في بعض المجالات مثل نقل البضائع (16 ـ17).

إلا أن غياب عنصر الإلزام وعدم اقتران هذا القانون بجزاء توقعه السلطة العامة عند مخالفة قواعده، جعل البعض يشكك في قدرة هذا القانون على حل مشكلات التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، لذلك قام العديد من الدول[1] بوضع قواعد داخلية تحكم المعاملات الإلكترونية مع الأخذ بين الاعتبار قواعد القانون الموضوعي الدولي للمعاملات الإلكترونية حتى توفر بذلك عنصر الإلزام الذي يغيب عن هذا الأخير.

أما في المغرب فقد كانت مسألة التأطير التشريعي للتجارة الإلكترونية موضوع مناظرة أواخر شهر أبريل عام 2001 تم خلالها توجيه رسالة ملكية حثت الحكومة على التعجيل بإعداد النصوص القانونية المتعلقة بالتجارة

=

ـ توحيد القواعد القانونية المعمول بها في مجال التجارة الإلكترونية.

ـ للدول والأشخاص العاملين بالتجارة الإلكترونية الأخذ بهذا القانون.

ـ يسري هذا القانون على التجارة الإلكترونية الداخلية والدولية.

كما أصدرت الأمم المتحدة بناء على التوصية رقم 467/9 في الدورة الثالثة والثلاثين بتاريخ 9 أبريل 2000 القانون النموذجي الموحد الخاص بالتوقيع الإلكتروني.

(1) ومن هذه الدول فرنسا بمقتضى القانون رقم 230 لعام 2000 والإمارات بمقتضى القانون رقم 2 عام 2002 والأردن بمقتضى القانون رقم 85 عام 2001.

الإلكترونية[1]، الشيء الذي جعل الحكومة تنشئ لجنة سميت باللجنة ما بين الوزارية الخاصة بتنمية وتأهيل التجارة الإلكترونية، للقيام بوضع تقرير شامل للتدابير التي يجب اتخاذها للنهوض بالتجارة الإلكترونية، وعلى الأخص وضع مشاريع قوانين ونصوص بقصد اعتمادها من طرف المشرع المغربي.

وقد وضعت هذه اللجنة مجموعة توصيات عكست في مجملها التوجهات العامة التي أسست عليها القوانين النموذجية للأنسترال بخصوص التجارة والتوقيع الإلكترونيين والتي كان الهدف منها إيجاد تلاؤم بين القوانين الوطنية التي تنظم التجارة والتوقيع الإلكتروني[2].

(1) المناظرة الإستراتيجية الوطنية لإدماج المغرب في مجتمع الإعلاميات والمعرفة - الرباط - أيام 23 و24 إبريل 2001.

(2) وقد توصلت تلك اللجنة إلى وضع تقرير يتضمن بيانا للوضع القانوني للترسانة التشريعية المغربية إزاء متطلبات مجتمع الإعلام والإنترنت وسنقوم بالتطرق لأهم النقاط التي تضمنها مشروع قانون رسائل البيانات الذي وضعته اللجنة السابقة في الفرع المتعلق بالإثبات في الفصل الثاني.

المطلب الثاني
تنازع الاختصاص القضائي

يخضع تنازع الاختصاص القضائي الدولي في كل دولة للقواعد التي تقررها تلك الأخيرة بحرية، على أن يقتصر ذلك على تحديد الحالات التي تكون فيها محاكمها مختصة بالنظر في نزاع يشتمل على عنصر أجنبي، لأنه ليس لدولة معينة السلطة لتحديد حالات اختصاص محاكم الدول الأخرى[1].

وبعد أن يتم تحديد الدولة المختصة بالنظر في النزاع، يتم تحديد المحكمة المختصة حسب طبيعة العقد، وبالنظر للتنظيم القضائي الذي تتبعه كل دولة، وسنقوم في هذا المطلب بدراسة تنازع الاختصاص القضائي الدولي في الفقرة الأولى، والاختصاص النوعي في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: الاختصاص القضائي الدولي

يقصد بالاختصاص القضائي الدولي بيان ما إذا كانت محاكم دولة معينة مختصة بالنظر في قضية ما، وهو ما يطلق عليه كذلك "الاختصاص العام" تمييزا له عن الاختصاص الخاص أو الداخلي، والذي يعنى بتحديد المحكمة المختصة داخل تلك الدولة[2].

وتقوم كل دولة بتحديد اختصاص محاكمها للنظر في النزاعات ذات الطابع الدولي استنادا إلى مجموعة من الضوابط العامة المعمول بها في مختلف النظم القانونية، وأهم تلك الضوابط وأكثرها شيوعا التي يمكن اللجوء إليها

(1) موسى عبود ـ م.س.ص325.
(2) محمد الأطرش ـ م.س.ص164.

بخصوص عقد تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية، ضابط موطن أو محل إقامة المدعى عليه.

فبالرجوع للقانون الدولي الخاص المغربي نجده جاء خاليا من أي نص ينظم تنازع الاختصاص القضائي الدولي، وبالتالي فلم يعين نطاق اختصاص المحاكم المغربية، وبذلك فلا بد من الرجوع للقواعد الداخلية المتعلقة بالاختصاص المحلي بهذا الصدد، وبالخصوص مقتضيات الفصل 27 من قانون المسطرة المدنية[1].

كما قد ينعقد الاختصاص لمحاكم دولة معينة استنادا إلى ضابط محل إبرام العقد أو محل تنفيذه وبالرجوع لقانون المسطرة المدنية المغربي نجد أنه نص على هذا الضابط بالنسبة لبعض العقود في المادة 6/28، على عكس ما فعل نظيره المصري في المادة 2/30 من قانون المرافعات حيث أقرها كقاعدة بالنسبة لجميع العقود[2].

كذلك يمكن أن ينعقد الاختصاص للدولة التي يتم فيها تنفيذ العقد بغض النظر عن مكان إبرامه، إذ يرجع الأطرف في تحديد معنى تنفيذ الالتزام التعاقدي إلى قانون دولة القاضي، وللقاضي أن يسترشد في ذلك بنية الأطراف وبطبيعة العقد وبالعرف التجاري[3].

---

(1) ينص الفصل 27 من ق.م.م على أنه "يكون الاختصاص المحلي لمحكمة الموطن الحقيقي أو المختار للمدعى عليه، إذا لم يكن لهذا الأخير موطن في المغرب ولكنه يتوفر على محل إقامة كان الاختصاص لمحكمة هذا المحل، إذا لم يكن للمدعي عليه لا موطن ولا محل إقامة بالمغرب، فيمكن تقديم الدعوى ضده أمام محكمة موطن أو محل إقامة المدعي أو واحد منهم عند تعددهم...".

(2) انظر أحمد الهواري ـ م.س.ص1684.

(3) يذهب البعض في هذا الصدد إلى أن تلقي العميل للخدمة المتفق عليها يعد بمثابة تنفيذ للعقد وبالتالي ينعقد الاختصاص لمحاكم الدولة التي يتم تلقي الخدمة فيها.

=

أخيرا قد ينعقد الاختصاص لمحاكم الدولة التي يقوم الأفراد بتحديدها، فيمكن لهم الاتفاق على اختيار محكمة للفصل في ما قد ينشب بينهم من نزاعات في تنفيذ العقد أو في تفسيره.

فبالنسبة للقانون المغربي بقراءة الفصل 16 من قانون المسطرة المدنية[1]، يتضح من الوهلة الأولى أن الاختصاص المحلي من النظام العام لا يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفة قواعده، إلا أنه بقراءة متأنية للفقرة الأخيرة من الفصل المذكور يتضح العكس، لذلك فإن الاختصاص المحلي في قانون المسطرة المدنية المغربي لا يتعلق بالنظام العام مما يعطي أطراف التعاقد إمكانية الاتفاق على منح الاختصاص المحلي للمحاكم التي يرتضونها تحقيقا لمصالحهم[2].

وفي ظل إمكانية اتفاق الأطراف على القضاء المختص سعت بعض التشريعات إلى وضع نظام خاص بعقود الاستهلاك يتم بمقتضاه تحديد المحاكم المختصة وفقا لضوابط ومعايير تختلف عن تلك المستخدمة بالنسبة للعقود بشكل عام.

فعلى سبيل المثال تضمن القانون الدولي الخاص السويسري قواعد تسمح للمستهلك برفع دعواه على مقدم الخدمة أمام محكمة موطنه أو محل إقامته ـ

=

أحمد عبد الكريم سلامة ـ القانون الدولي الخاص النوعي ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ 2002 ص 76.

أحمد الهواري ـ م.س.ص.1649.

(1) ينص الفصل 16 من ق.م.م. على أنه " يجب على الأطراف الدفع بعدم الاختصاص ....المكاني قبل كل دفع أو دفاع.........لا يمكن إثارة هذا الدفع في طور الاستئناف إلا بالنسبة للأحكام الغيابية ... يمكن الحكم بعدم الاختصاص النوعي تلقائيا من لدن قاضي الدرجة الأولى".

(2) عبد الكريم الطالب ـ الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية ـ المطبعة والوراقة الوطنية ـ مراكش ـ الطبعة الأولى ـ 2001 ص 63.

المستهلك ـ (المادة 114)، خلافا للأصل العام الذي ينعقد بمقتضاه الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه أو محكمة محل إبرام العقد أو تنفيذه كما لا يسمح هذا القانون للمستهلك بالتنازل مقدما عن اختصاص محكمة موطنه أو محل إقامته.

الفقرة الثانية: الاختصاص النوعي

الاختصاص النوعي هو الذي يمنح للمحكمة حق النظر في النزاع استنادا إلى نوعه حسب ما يقضي به التنظيم القضائي للدولة[1]، ففي المغرب تنقسم المحاكم إلى ابتدائية صاحبة الولاية العامة، وإدارية لها حق النظر في النزاعات ذات الطابع الإداري، وأخيرا المحاكم التجارية التي تم تحديد اختصاصها طبقا لما جاء في المادة الخامسة من القانون المحدث للمحاكم التجارية[2]، والتي تنص على أنه "تختص المحاكم التجارية بالنظر في:

1/ الدعاوي المتعلقة بالعقود التجارية.

2/ الدعاوي التي تنشأ بين التجار والمتعلقة بأعمالهم التجارية ...الخ".

وكما سبق وأشرنا فإن اعتبار العقد تجاريا من عدمه يرجع في تحديده إلى صفة أطراف العقد[3]، فبالنسبة للبنك فإن جميع العمليات التي يقوم بها تجارية، لهذا فإن جميع العقود التي يبرمها تعتبر تجارية، فهل يكفي ذلك لإسناد الاختصاص للمحاكم التجارية؟

---

(1) عبد الكريم الطالب ـ م.س. ص 17.

(2) قانون رقم 95 ـ 53 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 65 ـ 97 ـ 1 بتاريخ 12 فبراير 1997 المنشور بالجريدة الرسمية عدد4482 بتاريخ 15 ماي 1997 ص 1141 وما بعدها.

(3) انظر في ذلك تحليلنا للطبيعة القانونية لعقد تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية.

من المعروف في هذا الصدد أن غير التاجر يكون مخيرا بين إقامة الدعوى أمام المحكمة الابتدائية أو المحكمة التجارية عندما يكون مدعيا، أما التاجر فلا يمكنه مقاضاة غير التاجر إلا أمام المحكمة الابتدائية، إلا إذا وجد اتفاق بين الطرفين يسند الاختصاص للمحاكم التجارية[1]، وهو ما يمكن استخلاصه من الفقرة السابعة من المادة الخامسة المذكورة أعلاه التي نصت على أنه "يمكن الاتفاق بين التاجر وغير التاجر على إسناد الاختصاص للمحكمة التجارية فيما قد ينشأ بينهما من نزاع بسبب عمل من أعمال التاجر".

يستنتج من كل ذلك أنه لا يكفي توفر صفة التاجر في أحد أطراف العقد لإسناد الاختصاص للمحكمة التجارية، بل يجب الأخذ بعين الاعتبار صفة الطرف الآخر، فإذا كان تاجرا قامت المحكمة التجارية بالفصل في النزاع القائم بينهما، أما إذا كان الطرف الآخر غير تاجر فإن القاعدة هي إسناد الاختصاص للمحكمة الابتدائية، والاستثناء هو إمكانية الاتفاق على إسناد الاختصاص للمحكمة التجارية.

وبالرجوع لمدونة التجارة نجد أنها قامت بإيراد لائحة من العقود[2] اعتبرتها تجارية بنص القانون إن صح القول دون اشتراط توفر طرفي العقد على الصفة التجارية ومن هذه العقود تلك الواردة في القسم السابع والمتعلقة بالعقود البنكية[3].

(1) استاذنا عبد العزيز حضري ـ القانون القضائي الخاص ـ مطبعة طه حسين ـ وجدة 2006 ـ هامش2 ـ ص133.

(2) وهي الواردة في الكتاب الرابع من مدونة التجارة وهي: 1/الرهن 2/الوكالة التجارية 3/ السمسرة 4/الوكالة بالعمولة 5/ الائتمان الايجاري 6/ النقل 7/ العقود البنكية.

(3) والعقود البنكية المنصوص عليها في مدونة التجارة هي: 1/ الحساب البنكي 2/ إيداع النقود 3/ إيداع السندات 4/ التحويل 5/الخصم 6/ حوالة الديون المهنية 7/ رهن القيم.

مما يجعلنا نتساءل حول ما إذا كانت تلك العقود واردة على سبيل الحصر أم المثال؟ بمعنى آخر هل يمكن إضفاء صفة العقد البنكي على عقد غير وارد ضمن التعداد أعلاه واعتباره تجاريا بالنظر لكون البنك طرفا فيه، وإسناد الاختصاص للمحاكم التجارية دون الأخذ بعين الاعتبار صفة الطرف الآخر[1]؟

يجيب أستاذنا عبد العزيز حضري قائلا " من المؤكد أنه توجد عقود تجارية لم تنظمها مدونة التجارة، وبالتالي تكون المحكمة التجارية مختصة بالبت في النزاعات المتعلقة بها، لكن الصفة التجارية للعقد غير كافية لمنح الاختصاص للمحاكم التجارية ما لم يكن طرفا العقد يحملان صفة تاجر"[2].

(1) نشير في هذا الصدد إلى أن القضاء التجاري المغربي اختلف في اختصاصه أو عدم اختصاصه في بعض العقود غير المنصوص عليها ضمن لائحة العقود البنكية الواردة في مدونة التجارة حتى بالنسبة لتلك التي تبرمها شركات التمويل مع الزبائن غير التجار ولغير الأغراض التجارية، فهكذا ذهبت بعض المحاكم إلى اختصاصها للنظر في عقد قرض استهلاكي الممنوح من طرف شركات التمويل إلى زبائنها غير التجار ولغرض الاستهلاك بينما حكمت أخرى بعدم اختصاصها في ذلك العقد، وقد علق الأستاذ محمد الفروجي على تلك الاشكالية قائلا: " بأنه إذا ما وجد مبرر لاعتبار بعض العقود الغير المنصوص عليها ضمن العقود البنكية عقودا تجارية خاضعة لاختصاص المحاكم التجارية قياسا على العمليات البنكية المنصوص عليها فإنه لابد أن تكون مبرمة مع مؤسسة ائتمان بوصفها بنكا وليس مؤسسة تمويل لأن المشرع أكد في جمع العقود البنكية على ضرورة توفر صفة البنك كطرف في العقد".

انظر في ذلك: المحكمة التجارية بالدار البيضاء أمر استعجالي رقم 951/98 صادر بتاريخ فاتح دجنبر 1998 ملف عدد 796/1/98.

محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء قرار رقم 357/99 بتاريخ 25 مارس 1999 ملف عدد 6/98/292.

محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء قرار رقم 213/99 بتاريخ 29 فبراير 1999 ملف عدد 6/99/141.

أوردها محمد لفروجي ـ التاجر وقانون التجارة بالمغرب ـ مطبعة النجاح الجديدة ـ الدار البيضاء ـ الطبعة الثانية ـ 1999 ص 103 ـ 105.

(2) أستاذنا عبد العزيز حضري ـ م.س. ص133.

من المعروف كذلك أنه لا يمكن اعتبار عقد ما خاضعاً لاختصاص المحاكم التجارية إلا إذا توافرت له تلك الصفة حسب المعيار الشخصي أو الموضوعي أو بنص القانون، حيث لابد أن يكون الطرف المتعاقد مع البنك تاجرا أو تعاقد مع البنك لغرض تجاري أو أن العقد يدخل ضمن إطار العقود البنكية المنصوص عليها في القانون[1].

إلا أن ما جعلنا نطرح التساؤل السابق هو اتجاه إرادة المشرع - حسب وجهة نظرنا المتواضعة - إلى منح اختصاص النظر في العقود التي يكون أحد أطرافها بنكاً إلى المحكمة التجارية، وهو ما يمكن استخلاصه من النصوص القانونية المنظمة لعمل البنوك، وبالخصوص المادة 6 الفقرة 7 من مدونة التجارة والتي تنص على اعتبار جميع الأعمال التي يقوم بها البنك أعمالا تجارية، وكذلك من خلال اعتبار العقود البنكية السالفة الذكر عقودا تجارية بالطبيعة خاضعة لاختصاص المحاكم التجارية بمجرد كون البنك أحد أطرافها، وبغض النظر عن صفة الطرف الآخر، ومن جهة أخرى فإن المحاكم التجارية تملك من الوسائل والكفاءات ما يجعلها أكثر قدرة من المحاكم الابتدائية على النظر في النزاعات التي تكون البنوك طرفا فيها.

وبغض النظر على المبررات السالفة الذكر فإنه من وجهة النظر القانونية المستقرة حاليا ينعقد الاختصاص للمحاكم التجارية للنظر في العقود المنصوص عليها قانونا أيا كانت صفة الطرف الآخر في العقد، وكذلك في العقود البنكية غير المنصوص عليها قانونا باتفاق الأطراف إذا ما كان الطرف الآخر غير تاجر، أما إذا لم يتم الاتفاق فإن الاختصاص ينعقد للمحاكم الابتدائية.

(1) محمد الفروجي م.س. ص 104.

وهكذا بالنسبة لعقد تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية، فإذا كان تقديم تلك الخدمات يعتمد على وجود حساب للعميل غير التاجر لدى البنك ينعقد الاختصاص للمحاكم التجارية، لأن الحساب البنكي عقد من العقود البنكية المنصوص عليها ضمن مدونة التجارة، أما إذا كانت تلك الخدمات مستقلة عن الحساب فيجب البحث عن التكييف القانوني لتلك الخدمة، فإذا كيفت على أنها عقد من العقود البنكية المنصوص عليها قانونا، ينعقد الاختصاص للمحاكم التجارية، أما إذا تم تكييفها بغير ذلك فإن الاختصاص يكون للمحاكم الابتدائية، كما هو الشأن بالنسبة لعقد إصدار واستخدام النقود الإلكترونية، فإذا تم تكييفه على أنه وديعة ينعقد الاختصاص للمحاكم التجارية بغض النظر عن صفة العميل، أما إذا تم تكييفه على أنه علاقة خاصة غير منصوص عليها قانوناً تكون المحاكم الابتدائية مختصة.

أما بالنسبة لعقد تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية المبرم مع العميل التاجر فإن الاختصاص يكون دائما للمحاكم التجارية.

الفصل الثاني
الآثار الناجمة عن استخدام الإنترنت
في المجال البنكي

الفصل الثاني
الآثار الناجمة عن استخدام الإنترنت في المجال البنكي

إن استخدام النظام الرقمي في البنوك وسع من العمليات البنكية وسهل نقل المعلومات والاتصال بالعملاء، إلا أنه رتب بعض الآثار القانونية، ففي التشريع المغربي يظهر العديد من المشاكل عند محاولة البحث عن القواعد المنظمة للعمليات البنكية الإلكترونية داخل إطار ذلك التشريع، ويرجع ذلك لعدة أسباب أهمها قصور هذا التشريع عن استيعاب التطورات الحديثة ليس في هذا المجال فقط، بل وفي إطار التعاملات بالوسائل الحديثة عموما.

وتظهر المشكلة بوضوح أكثر عندما يتعلق الأمر بمجال حيوي مؤثر على الاقتصاد الوطني برمته كالقطاع البنكي الذي يشكو من عدم ملاءمة القانون لما توصلت إليه التكنولوجيا والتطورات الحديثة فيه مما يدعو إلى التساؤل عن مدى قانونية استخدام تلك الوسائل في القطاع البنكي لإثبات التصرفات القانونية؟ وما مدى استيعاب القواعد العامة لتلك التطورات؟

ومن جهة أخرى توسعت المخاطر المحيطة بالعمل البنكي أكثر عند دخول البنوك للعمل في بيئة الإنترنت، الشيء الذي أصبح معه الإضرار بمصالح العملاء المستهلكين أو التجار أكثر ورودا مما كانت عليه في ظل الخدمات التقليدية، كل ذلك أدى إلى توسيع دائرة مسؤولية البنك في مواجهة الأضرار التي تحدث نتيجة للخطأ في استخدام النظام الرقمي، وفي ظل انعدام دراسة شاملة في الموضوع نتساءل عن طبيعة تلك المسؤولية وحدودها؟ وأركانها؟ ثم نتساءل عن مدى إمكانية الإعفاء منها، وحماية المستهلك؟

سنحاول تناول تلك الإشكاليات بالدراسة من خلال فرعين: نتناول في الفرع الأول الإثبات في العمليات البنكية الإلكترونية، وفي الفرع الثاني المسؤولية المدنية الناشئة عن التعاملات البنكية الإلكترونية.

الفرع الأول
الإثبات في التعاملات البنكية الإلكترونية

يقصد بالإثبات إقامة الدليل أمام القضاء على وجود واقعة متنازع عليها بالوسائل التي حددها القانون[1]، فإذا قام نزاع بين البنك وعميله بشأن إحدى العمليات يجب على المدعي إثبات ما يدعيه، إلا أن البنوك باعتبارها أكثر القطاعات استخداما للوسائل التكنولوجية الحديثة، فهي تسعى دائما إلى تحقيق ما تقتضيه التجارة من سرعة، وفي نفس الوقت تقديم خدمات ذات جودة عالية بهدف استقطاب أكبرعدد ممكن من الزبائن، كما أنها تهدف دائما إلى تقليص حجم النفقات في مقابل تحقيق ربح أكبر، لهذا تعتمد على ما توصل إليه العلم من وسائل الحفظ والاسترجاع وتقديم الخدمات، مما يطرح إشكالا حول مدى حجية تلك الوسائل إذا أراد البنك اعتمادها للإثبات؟ ومدى استيفائها للشروط المتطلبة قانونا؟

بناء على ذلك سندرس في هذا الفرع الإثبات في التعاملات البنكية الإلكترونية، لكن قبل ذلك لا بد من التطرق لأهم الإشكاليات التي يواجهها القطاع البنكي، والتي يمكن أن تعوق تقدمه وتطوره، وفي المقابل تفرز العديد من المشاكل القانونية وخصوصا فيما يتعلق بالإثبات، من خلال تقسيمنا هذا الفرع إلى مبحثين: نتناول في المبحث الأول واقع العمل البنكي وإثبات العلاقة التعاقدية بين البنك والعميل، وفي المبحث الثاني إثبات محتوى العمليات البنكية الإلكترونية.

(1) إدريس العلوي العبدلاوي - وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي - مطبعة فضالة - المحمدية - الطبعة الأولى 1977 ص14.

المبحث الأول
واقع العمل البنكي وإثبات العلاقة التعاقدية

تبحث البنوك دائما عن توسيع نشاطها وزيادة دورها في الاقتصاد الوطني بشكل مستمر، إضافة إلى أنها تتصف بتقنية دقيقة ومتطورة باستمرار، لهذا فهي مدعوة إلى الاعتماد على آخر ما ابتكر العلم من وسائل اتصال حديثة، إلا أن ذلك يصطدم بقواعد قانونية تتسم بالاستقرار والجمود، مما يؤدي في بعض الأحيان إلى وقف وإعاقة تطور القطاع البنكي.

وسنحاول في هذا المبحث دراسة أهم ما يواجهه القطاع البنكي في المغرب من مشاكل قانونية، محاولين في ذات الوقت المقارنة بالتشريعات ذات التجربة القريبة من التجربة المغربية في المطلب الأول، إضافة إلى ذلك سنقوم بدراسة مدى إمكانية إثبات عقد تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية المبرم عبر الإنترنت وفقا للقواعد التقليدية في المطلب الثاني.

المطلب الأول
العمل البنكي بين الواقع والقانون

في إطار البحث في الإشكاليات القانونية التي تواجه القطاع البنكي والمتعلقة بالإثبات سنجد أن أهم تلك الإشكاليات تتمثل في عدم مسايرة القانون لواقع العمل البنكي" الفقرة الأولى" والتمييز بين التاجر وغير التاجر في نظام الإثبات المطبق " الفقرة الثانية".

الفقرة الأولى: عدم مسايرة القانون لواقع العمل البنكي

أثبت الواقع أن عملاء البنوك التجار منهم وغير التجار بحاجة دائما إلى الاستفادة من الخدمات البنكية بشكل سريع يتوافق مع حاجيات العصر الحالي، والسرعة التي يتوجب توفيرها لتقديم تلك الخدمات، فالإحصائيات تشير إلى تهافت العملاء على كل جديد تقدمه البنوك من خدمات، فمستخدمو البطاقات البنكية في تزايد مستمر[1]، ومستخدمو الإنترنت للتعامل مع البنوك يتزايدون لحظة بلحظة، الأمر الذي يستوجب من البنوك أن تبقى في تطور دائم حتى تستطيع إشباع حاجيات عملائها، إلا أن ذلك يصطدم بقواعد قانونية قديمة غير قادرة على حكم ما أفرزه التطور التكنولوجي من مستجدات.

(1) حيث أثبت تقرير بنك المغرب للسنة المالية 2004 ارتفاع عدد الشبابيك الأوتوماتيكية guichets automatique بمعدل 36,2 ٪ في العام 2004 مقارنة 16,2 ٪ في عام 2003 بينما زادت نسبة نقاط البيع التي تقبل البطاقات الإلكترونية (TPE) من 7,677 نقطة إلى 10,502 نقطة أي بمعدل زيادة قدره 36,8٪، كما ارتفعت العمليات المجراة بواسطة البطاقات البنكية من 42,5 مليون عملية بقيمة إجمالية تساوي29,1 مليار درهم في عام 2003 إلى 47,5 مليون عملية بقيمة إجمالية قدرها 34,2 مليار درهم، اي بزيادة قدرها 36,4 ٪ عن العام الماضي. تقرير بنك المغرب للسنة المالية 2004 ـ يوليوز 2005 ـ ص 103.

فعلى سبيل المثال أدت زيادة حجم العمليات التي تعالجها البنوك إلى زيادة أعباء المستخدمين الذين أصبحوا يواجهون كما هائلا من الأوراق[1]، شكلت ثقلا كبيرا في القدرة على تدبير البنوك وسيرها اليومي، وقد ثبت أن التدبير التقليدي للعمليات البنكية باهض التكلفة لكونه يعتمد على معالجة يدوية أصبحت عاجزة عن مواكبة وتيرة تطور النشاطات البنكية، كما فرض تزايد حجم الأنشطة التجارية وسرعتها على التجار والبنوك الاستفادة من الوسائل التكنولوجية الحديثة والاستعانة بالحاسب الآلي بدل استخدام الورق في تنظيم محاسبتهم، للإيجابيات التي تترتب عن ذلك، لاسيما وأنه يقوم بنفس الدور الذي تقوم به الدفاتر التجارية إن لم يكن بشكل أفضل وأسرع، لكن تلك الإيجابيات كانت ولا زالت مصحوبة بمجموعة من الصعوبات، أهمها الصعوبات القانونية[2].

ولعل أهم الصعوبات القانونية التي تواجه البنوك هي الالتزام المفروض عليها قانونا بمسك الدفاتر التجارية والالتزام بالقواعد المحاسبية، فبالرغم من أهمية تلك الدفاتر[3]، إلا أنها كما قلنا سابقاً أصبحت تمثل عبئاً كبيراً على

---

(1) يمكن للدلالة على حجم المشكلة التي تواجهها البنوك والمنشآت الصناعية والتجارية بخصوص تزايد حجم الأوراق المستخدمة أن نطرح مثالاً البنك الوطني الفرنسي في باريس والذي قام بإنشاء مجمع ضخم لتخزين الورق الصادر عنه والتي يلزم البنك قانونا بالاحتفاظ بها يعادل حجمه حجم قوس النصر في شارع الشانزلزيه في باريس وقد ثبتت الحاجة إلى إنشاء مجمع مماثل كل أربع سنوات.

عباس العبودي - الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني - دار الثقافة والدار العلمية الدولية - عمان 2002 - ص51.

(2) الهادي شايب عينو - بعض المشاكل الناجمة عن استخدام المعلوميات في البنوك - الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي - المعهد العالي للدراسات القضائية - مطبعة الأمنية - الرباط 1994 - ص43.

(3) وتتمثل أهمية الدفاتر التجارية في كونها وسيلة للتاجر للرجوع لعملياته السابقة، وهي كذلك أداة لحماية المتعاملين معه، كما أنها سند المشرع عند تنظيم أمر من أمور التجارة، وإحدى أهم الوسائل في يد القاضي عند تكوين قناعته بخصوص إحدى النزاعات التي يكون التاجر طرفا فيها.

=

البنوك سواء من حيث كلفتها أو من حيث ضرورة الاحتفاظ بها لمدة معينة، وما يؤدي إليه ذلك من تزايد في حجم الأوراق الممسوكة، مما دفع البنوك إلى استخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة كبديل للدفاتر التجارية، الشيء الذي يدعو إلى طرح تساؤل، هو: هل يسمح التشريع المغربي باستخدام الحاسوب بدلا من الدفاتر التجارية؟

في البداية تجب الإشارة إلى موقف بعض التشريعات العربية من تلك المسألة، فعلى سبيل المثال سمح المشرع الأردني في المادة 92/د من قانون البنوك رقم 28 لسنة 2000 للبنوك بأن تعتمد في تنظيم عملياتها المالية على الحاسب الآلي أو غيره من الأجهزة التقنية الحديثة لتنظيم دفاترها التجارية التي يقتضيها قانون التجارة النافذ المفعول، كما اعتبرت نفس المادة أن المعلومات المستقاه من تلك الأجهزة أو غيرها من الأساليب الحديثة بمثابة دفاتر تجارية.

أما بخصوص القانون البنكي المغربي رقم 03.34 وبالإطلاع على المادة 45 منه يمكن القول إن إعطاء تحديد وسائل مسك الدفاتر التجارية لوالي بنك المغرب أمر يدعو إلى التفاؤل، إذا ما أخذ بعين الاعتبار مسألة التطور التكنولوجي في كيفية مسك الدفاتر التجارية وبالتالي وضع حد للإشكالية التي كانت مطروحة في ظل القانون البنكي القديم الذي كان يحيل بمقتضى المادة 33 منه على مقتضيات القانون رقم 9.88 المتعلق بقواعد المحاسبة التجارية[1]، مع العلم أن العمل البنكي اتجه إلى الاستغناء عن تلك الدفاتر

= محمود سمير الشرقاوي ـ الدفاتر التجارية وحجيتها في الإثبات في القانون المصري ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة 1988 ـ ص5 وما بعدها.

(1) قانون رقم 9.88 الصادر بتاريخ 25 ديسمبر 1992 ـ منشور بالجريدة الرسمية عدد 4183 بتاريخ 30 ديسمبر 1992 ص 1867 ـ 1869.

واستخدام الوسائل الحديثة في تنظيم العمليات التي تقوم بها البنوك، الشيء الذي يفرض على البنوك الالتزام كغيرها من التجار بمسك الدفاتر التي ينص عليها القانون[1].

أما إذا لم تؤخذ مسألة التطور التكنلوجي بعين الإعتبار فإن الأمر سيكون صعبا على القضاء المغربي الذي يجب عليه أن يتعامل مع الواقع في إطار نصوص قانونية قديمة بعيدة عن ذلك الواقع، وعلى حد علمنا إلى الآن لم تعرض على القضاء المغربي نازلة تتعلق بمدى حجية الوسائل الحديثة في ظل تطلب القانون لمسك الدفاتر التجارية بالشكل التقليدي.

وفي هذا الصدد يمكن أن نشير إلى قضية من هذا النوع عرضت على القضاء اللبناني[2] وتتعلق بمدى إمكانية استبدال الدفاتر التجارية بالوسائل الإلكترونية، حيث قضت محكمة الاستئناف ببيروت في قرار لها صدر في سنة 2000 بحجية الوسائل الإلكترونية لمسك الدفاتر التجارية إذا ما قوبلت بدفاتر تجارية أخرى وكانت متطابقة معها، على اعتبار أن استخدام تلك الوسائل بات عرفا تجاريا دوليا معتمدا في سائر القطاعات الاقتصادية، وأن القانون التجاري يكرس العرف التجاري كأحد مصادره، وأن العرف يلعب دورا أساسيا في تكوين

(1) ولا بد من الإشارة في هذا الإطار إلى أن المرسوم رقم 83.10.20 الصادر بتاريخ 19 نوفمبر 1983 بتطبيق القانون رقم 83.353 بتاريخ 3 ابريل 1983 بشأن الالتزامات المحاسبية للتجار وبعض الشركات الفرنسية نص في المادة الثانية منه على أن المحررات المعلوماتية يمكن أن تحل محل دفتر اليومية والجرد شريطة استخدام وسائل قانونية عند إعدادها ورغم خصوصية هذا النص فإن ذلك يدعونا إلى التساؤل حول أسباب التمييز بين الشركات الفرنسية والمغربية في هذا المجال..؟

(2) قرار صادر عن محكمة التمييز اللبنانية بتاريخ 6 ابريل 2001 رقم 2001/4 ملف رقم 2001/195.
أشار إليه سامي بديع منصور ـ الإثبات الإلكتروني في القانون اللبناني معاناة قاضي ـ مؤتمر الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية ـ الجزء الثالث ـ م.س.ص344 وما بعدها.

قواعده، وذلك لعجز النصوص التشريعية عن ملاحقة حاجيات التجارة، ومن هنا يصبح العرف التجاري المستقر قاعدة قانونية يعمل بها.

إلا أن محكمة التمييز نقضت القرار وكرست قاعدتين: الأولى أن الواقع التشريعي النافذ والمعمول به لم يعتد بعد بهذه الوسائل القائمة على البرمجة الإلكترونية كوسائل إثبات كاملة، والثانية أن العرف التجاري القائم على اعتماد الوسائل الإلكترونية لا يرجح على القواعد القانونية المفروضة، والإثبات الإلكتروني لا يمكن الأخذ به إلا عند ما يسمح به القانون.

من ذلك يستنتج أن إشكالية عدم مسايرة القانون للواقع ستؤدي بدون شك إلى تضارب مواقف القضاء، وظهور إشكاليات أخرى لا تتعلق بالإثبات فقط، بل بشكل عام في مدى القدرة على الاستفادة من التطورات التكنولوجية في ظل قواعد قانونية ترجع في مجملها إلى عدة عقود سالفة، كما أن التأخير في إعادة تحيين القوانين وبقائها بعيدة كل البعد عن إفرازات الواقع يمكن أن يؤدي إلى الإضرار بالحياة التجارية والاقتصادية بشكل عام.

الفقرة الثانية: التمييز بين التاجر وغير التاجر[1]

من المعروف أن التشريع المغربي كغيره من التشريعات يميز في نظام الإثبات بين المادتين المدنية التجارية، فالإثبات في المادة المدنية مقيد بضرورة

(1) في هذا الإطار نشير إلى أن إشكالية التمييز بين التاجر وغير التاجر تطرح في مجال الإثبات في الميدان البنكي بالخصوص والميدان التجاري عموما، ومن دون ذلك فإن هذا التمييز تبقى له أهميته خصوصا فيما يتعلق بالحقوق والالتزامات الملقاة على عاتق التجار من الالتزام بالقواعد المحاسبية والالتزام بفتح حساب بنكي وتأدية الضرائب وحق العضوية داخل غرفة التجارة والصناعة...إلخ، راجع في أسباب التمييز بين الأعمال المدنية والتجارية ومعايير هذا التمييز:

عز الدين بنستي ـ دراسات في القانون التجاري المغربي ـ مطبعة النجاح الجديدة ـ الدار البيضاء ـ الطبعة الأولى 1988 ـ ص 92 وما بعدها.

تطلب الدليل الكتابي الكامل في جميع التصرفات التي تتجاوز قيمتها 250 درهماً كما جاء النص عليه في المادة 443 من قانون الالتزامات والعقود[1] أما بالنسبة للمادة التجارية فإن القاعدة هي حرية الإثبات بكافة الوسائل كما هو منصوص عليه في المادة 334 من مدونة التجارة ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق مخالف[2].

أما إذا كان التصرف القانوني مبرما بين طرفين أحدهما تاجر والآخر غير تاجر فتطبق القاعدة المنصوص عليها في المادة 4 من مدونة التجارة، والمتعلقة بالأعمال المختلطة، حيث تطبق قواعد القانون التجاري في مواجهة الطرف الذي يعد العمل بالنسبة إليه تجاريا، ولا يمكن تطبيق تلك القواعد على الطرف الذي كان العمل بالنسبة إليه مدنيا، وبالمقابل تطبق عليه القواعد المنصوص عليها من قانون الالتزامات والعقود، بناء على ذلك فإن البنك مطالب في ظل تلك الازدواجية بتوفير وسائل الإثبات التي تتفق مع صفة كل عميل من عملائه.

وقد كان هذا التمييز ولا يزال من أهم العوائق التي تواجهها البنوك بالخصوص في ميدان الإثبات، مما يؤدي إلى إعاقة الاستفادة من الوسائل التكنولوجية الحديثة في تقديم الخدمات البنكية وممارسة الأنشطة الأخرى، لأن البنوك مضطرة إلى استبعاد جميع وسائل الإثبات التي لم ينص عليها القانون في مواجهة الطرف المدني، واتباع الطرق التقليدية في الإثبات وما يتطلبه ذلك من

---

(1) تنص المادة 443 من ق.ل.ع على أنه " الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنهي الالتزامات أو الحقوق والتي تتجاوز قيمتها 25.000 فرنك لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود، و يلزم أن تحرر بها حجة أمام الموثقين أو حجة عرفية".

(2) تنص المادة 334 من مدونة التجارة على أنه " تخضع المادة التجارية لحرية الإثبات، غير أنه يتعين الإثبات بالكتابة إذا نص القانون أو الاتفاق عن ذلك".

ضرورة توفير الدليل الكتابي الكامل في كل تصرف قانوني تزيد قيمته عن 250 درهماً، أو تضطر إلى تنظيم علاقتها بزبائنها من خلال عقود تشترط إضفاء الحجية على الوسائل التكنولوجية الحديثة بشكل مطلق وبصفة تعسفية في بعض الأحيان الأمر الذي يؤدي إلى الإضرار بالمستهلكين.

مع العلم أن المشرع المغربي لم يميز بين التاجر وغير التاجر في العديد في المسائل في المادة التجارية التي يمكن أن نذكر منها[1]:

المادة الخامسة من مدونة التجارة لم تميز بين التاجر وغير التاجر في مدة تقادم الدعوى الناشئة عن الأعمال التجارية، من خلال النص على أنه " تتقادم الالتزامات الناشئة بمناسبة عمل تجاري بين التجار أو بينهم وبين غير التجار بمضي خمس سنوات ما لم توجد مقتضيات خاصة مخالفة".

سمحت المادة 5 من القانون المنشئ للمحاكم التجارية للتاجر بمقاضاة غير التاجر أمام المحاكم التجارية، الشيء الذي يدل على المساواة بين الطرفين في القضاء المختص، حيث جاء نص المادة كما يلي "...يمكن الاتفاق بين التاجر وغير التاجر على إسناد الاختصاص للمحاكم التجارية..".

والأكثر من ذلك أن العقود البنكية بطبيعتها عقود تجارية خاضعة لاختصاص المحاكم التجارية بغض النظر عن صفة العميل سواء أكان تاجرا أو غير تاجر، كما أن التكوين القانوني للقضاة داخل تلك المحاكم تكوين تجاري، الشيء الذي قد يؤثر على سير العدالة عندما نطلب منه تطبيق قواعد الإثبات الواردة في المادة المدنية.

---

(1) أحمد العماري ـ الكشف الحسابي والخبرة ـ الندوة الرابعة للعمل القضائي والبنكي ـ المعهد العالي للدراسات القضائية ـ مطبعة دار السلام الرباط ـ 2004 ص 294.

كما أن الممارسة البنكية لا تميز في المعاملة بين التاجر وغير التاجر حيث تعامل كلا من الطرفين على وجه المساواة فالبنك مجبر على مسك حساب غير التاجر بنفس الطريقة التي يمسك فيها حساب التاجر.

بناء على ذلك نؤيد ما ذهب إليه الأستاذ أحمد شكري السباعي في قوله " ولابد للأمانة العلمية من الإشارة إلى أننا من المعارضين للنظرية القضائية التي تبناها المشرع المغربي ومن المتحمسين للنظرية الألمانية البسيطة والسهلة التي صيغت في المادة 4 من مشروع مدونة التجارة لسنة 1988 التي كانت تقضي بأنه "إذا كان العمل تجاريا بالنسبة لأحد المتعاقدين ومدنيا بالنسبة للمتعاقد الآخر طبقت أحكام القانون التجاري على التزامات كافة المتعاقدين الناشئة عن هذا العمل ما لم ينص قانون خاص على خلاف ذلك"[1].

ومن التشريعات التي تبنّت النظرية الألمانية التشريع الأردني حيث نصت المادة 92/ هـ من القانون البنكي على أنه " تعتبر جميع الأعمال المصرفية والنشاطات المالية تجارية بحكم ماهيتها الذاتية بغض النظر عن صفة العميل المتعاقد أو المتعامل مع البنك سواء كان مدنيا أو تجاريا وتسري عليه أحكام قانون التجارة الساري المفعول كما لا تخضع لأحكام نظام المرابحة".

مما يستنتج من تلك المادة أن المشرع الأردني رغبة منه في تجاوز جميع الإشكاليات وتذليل جميع العقبات التي تقف في وجه سير العمل البنكي على أحسن وجه، ساوى في المعاملة بين التاجر وغير التاجر وطبق القانون التجاري

---

(1) أحمد شكري السباعي: مدخل عام أو تمهيدي في العقود التجارية - الدورة التخصصية في المادة التجارية - سلسلة الندوات والأيام الدراسية - المعهد العالي للدراسات القضائية - مطبعة السلام - الرباط - 2004 ص159 - 160.

عليهما، لأنه لا يعقل أن نطالب البنك باعتماد نظام إثبات مختلف باختلاف صفة عميله، حتى لا تقف تلك الازدواجية عثرة أمام ازدهار وتطور القطاع البنكي، لذلك كان لابد من توحيد القانون المطبق دون تمييز بين التاجر وغير التاجر مع إيجاد الآليات المناسبة لحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

لهذا فإن المطلع على قواعد القانون المغربي الحالية في ظل عدم وصولها إلى تلك الدرجة من التطور التي وصلت إليها معظم التشريعات الحديثة، يلاحظ بوضوح عدم ملاءمة تطبيقها على العلاقة فيما بين البنوك وزبائنها غير التجار، وذلك راجع إلى قدم تلك القواعد وعدم قدرتها على مواكبة المستجدات الحديثة التي يتطلبها القطاع البنكي والتجاري بشكل عام، للدينامية التي تتصف بها، وما تقتضيه من سرعة في إنجاز المعاملات بعيدا عن الإجراءات اليدوية.

وعليه فإن عدم تجاوز تلك الإشكالية - أي إشكالية التمييز بين التاجر وغير التاجر في نظام الإثبات المطبق - وبالخصوص في الوقت الذي يستعد فيه المغرب لدخول حقبة جديدة بتطبيقه اتفاقية التبادل الحر مع الولايات المتحدة، والوقت الذي نقبل فيه كذلك على تحرير السوق البنكية ودخولها مرحلة المنافسة العالمية، ستبقي البنوك مترددة في الأخذ بآخر ما توصلت إليه التكنولوجيا الحديثة، خوفا من مشاكل الإثبات والرجوع للقواعد التقليدية في القانون المدني، ولعل أبرز مثال على ما يعانيه القطاع البنكي من مشاكل نتيجة للتمييز بين التاجر وغير التاجر في وسائل الإثبات تلك المتعلقة بكشف الحساب البنكي ومدى حجيته تجاه الطرف غير التاجر[1].

(1) سنقوم بدراسة حجية كشف الحساب البنكي في المطلب الأول من المبحث الثاني من هذا الفرع.

أما بالنسبة للمادة التجارية فبنظرة على نظام الإثبات المطبق عليها، والذي يعطي إمكانية الإثبات بجميع وسائل الإثبات فإن الإشكال الوحيد المطروح في هذا الصدد هو، هل المقصود بجميع وسائل الإثبات تلك الوسائل التي قام القانون بتحديدها في المادة 404 من قانون الإلتزامات والعقود[1]، أم المقصود فيها جميع الوسائل الواردة وغير الواردة في ذلك النص؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل لا محالة ستبقى رهينة بقدرة القضاء المغربي على تجاوز المفاهيم التقليدية للإثبات والانتقال إلى مرحلة جديدة عن طريق الأخذ بالوسائل الحديثة كحجة في الإثبات.

(1) تنص المادة 404 من ق.ل.ع " وسائل الإثبات التي يقررها القانون هي:

1/ إقرار الخصم.

2/الحجة الكتابية.

3/شهادة الشهود.

4/القرينة.

5/ اليمين أو النكول عنها".

المطلب الثاني
إثبات العلاقة التعاقدية

تنقسم أدلة الإثبات إلى خمسة أنواع: الكتابة، شهادة الشهود، القرائن، الإقرار واليمين، وتعد الكتابة هي الأصل في إثبات جميع التصرفات القانونية التي تتجاوز قيمتها 250 درهماً حسب ما نصت عليه المادة 443 من قانون الإلتزامات والعقود، أما إذا كانت قيمة التصرف لا تتجاوز هذا المبلغ فإنها تبقى خاضعة لنظام حرية الإثبات كما هو الشأن بالنسبة للتصرفات التجارية.

وإذا كانت المادة 443 اشترطت لإثبات جميع التصرفات التي تفوق قيمتها 250 درهماً أن تأتي في محررات رسمية أو عرفية، فإن النوع الأول من المحررات لا يمكن تصوره في مجال التعاملات البنكية الإلكترونية عبر الإنترنت، لأن المشرع اشترط فيها شكليات خاصة واشترط كذلك أن يتم تحريرها من طرف موظفين مختصين، أما بخصوص الورقة العرفية فإنه يطرح السؤال حول مدى إمكانية إثبات التعاملات البنكية الإلكترونية بواسطتها؟

ومن جهة اخرى فإن المشرع المغربي وضع بعض الاستثناءات لضرورة تطلب الدليل الكتابي، فهل يمكن الاعتماد عليها لإثبات العقد الإلكتروني؟

سنحاول من خلال هذا المطلب بيان جدوى الاعتماد على القواعد التقليدية لإثبات العلاقة التعاقدية بين البنك والعميل إذا ما تم إبرامها عبر الإنترنت في فقرتين، نتناول في الفقرة الأولى حجية العقد الإلكتروني استنادا إلى شروط الورقة العرفية، وفي الفقرة الثانية حجيته استنادا إلى الاستثناءات المقررة على ضرورة تطلب الدليل الكتابي.

الفقرة الأولى: حجية العقد الإلكتروني استناداً إلى شروط الورقة العرفية

المحررات العرفية هي "التي يقوم بتحريرها الأطراف أنفسهم مباشرة أو عن طريق الكتاب العموميين، أو من غيرهم ممن لا صفة لهم لتحرير أو تلقي المحررات الرسمية، أو إذا لم تتوفر فيها بعض الشروط الأساسية وتحمل في الوقت نفسه ما يكفي لاعتبارها أوراقا عرفية[1]".

ومن خلال المادة 426 من قانون الالتزامات والعقود[2] يستنتج أن الشروط الواجب توفرها في الورقة لتعتبر ورقة عرفية تشكل دليلا كاملا في الإثبات هي الكتابة والتوقيع.

أولاً: الكتابة

لا يشترط في الكتابة أي شرط خاص لا من حيث الصياغة ولا من حيث طريقة التدوين فيمكن أن تكون بأي شكل، سواء أكانت مكتوبة باليد أم بالآلة الكاتبة[3] أم بالكمبيوتر، ومع ذلك يشترط فيها حتى يمكن أن تقوم بوظيفتها في الإثبات أن تكون واضحة ومقروءة ومستمرة وغير قابلة للتعديل إلا بإتلاف المحرر أو ظهور أثر التعديل عليه.

---

(1) أستاذنا الحسين بلحساني ـ البيع والكراء وفقا للقواعد العامة والتشريعات الخاصة، مطبعة دار النشر الجسور ـ وجدة ـ الطبعة الأولى ـ 2001 ص 42.

(2) ينص الفصل 426 من ق.ل.ع على انه " يسوغ أن تكون الورقة العرفية مكتوبة بيد غير الشخص الملتزم بها شريطة أن تكون موقعة منه ويلزم أن يكون التوقيع بيد الملتزم نفسه وأن يرد في أسفل الورقة ولا يقوم الطابع أو الختم مقام التوقيع ويعتبر وجوده كعدمه".

(3) إدريس العلوي العبدلاوي ـ وسائل الإثبات ـ م.س ص 84.

فإذا حاولنا تطبيق تلك الشروط على العقد المبرم عبر الإنترنت، يمكن القول إن جميع تلك الشروط تنطبق على الكتابة الإلكترونية، فشرط قابلية الكتابة للقراءة يكون متوفرا باستخدام الكمبيوتر عندما يتم تحويل المعلومات من لغة الكمبيوتر إلى لغة الإنسان، وشرط استمرارية الكتابة كذلك يمكن توفيره إذا تم استخدام وسائل التخزين الملائمة، وبالنسبة لشرط عدم قابلية الكتابة للتعديل فقد أصبح متوفرا كذلك في المستندات الإلكترونية باستخدام بعض البرامج المتطورة المخصصة لذلك.

من ذلك يستنتج أن الكتابة بحد ذاتها لا تثير أي إشكال، إلا أن الإشكال يثار بخصوص تحديد الدعامة المادية التي يتم تدوين الكتابة عليها، في هذا الصدد ذهب بعض الفقه[1] إلى أن الدعامة كما يمكن أن تكون من الورق يمكن أن تكون كذلك من الحديد أو الخشب والأقراص المرنة أو المضغوطة، وأنه لا يوجد ارتباط بين المحررات وبين وجوب تدوينه على الورق، وفي المقابل لم يشر البعض الآخر من الفقه[2] إلى الدعامة التي يجب أن تدون فيها الكتابة، نتيجة لكون الورق ظل فترة طويلة هو الدعامة الأساسية للتدوين.

---

(1) نجوى أبو هيبة – التوقيع الإلكتروني – تعريفه ومدى حجيته في الإثبات – مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون المجلد الأول م.س.ص 405.

عطا عبد العاطي السنباطي – الإثبات في العقود الإلكترونية – دراسة مقارنة – مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون المجلد الأول – م.س.ص470.

(2) عبد الودود يحيى – الموجز في النظرية العامة للالتزامات – المصادر والأحكام – الإثبات – دار النهضة العربية – القاهرة – 1994 ص 830.

أما بالنسبة للتشريع المغربي، يمكن أن يستنتج أنه لا يوجد أي مجال للتوسع في نوع الدعامة التي تحرر عليها الكتابة، لأن المشرع عنون الجزء المتعلق بحجية الإثبات بواسطة المحررات العرفية في قانون الإلتزامات والعقود ب "الورقة العرفية"، وهذه النتيجة يمكن أن تستفاد كذلك من خلال تكرير المشرع لفظ "الورقة " في الفصل 426 من ق.ل.ع، لذلك فإنه لا يمكن القول بأن تحديد المقصود بالكتابة يجب أن يتم في ضوء الوظيفة التي تقوم بها والغرض منها وليس على أساس الوسيط أو الدعامة التي تدون عليها لأن المشرع كان صريحا في ذلك.

ثانياً: التوقيع

يعتبر التوقيع العنصر الثاني من عناصر الدليل الكتابي المعد للإثبات كما هو منصوص عليه في المادة 426 من قانون الإلتزامات والعقود، والتوقيع بحد ذاته يجب أن يكون متوفرا على مجموعة من الشروط حتى يمكن الاعتداد به في الإثبات.

أول تلك الشروط هي أن يكون التوقيع يدويا مباشرا، فالفصل المذكور أعلاه استبعد الختم الميكانيكي[1] بشكل صريح، على عكس ما فعل المشرع المصري الذي أجاز استخدام الختم في المادة 1/14 من قانون الإثبات، أما المشرع

---

(1) أما عن البصمة فالمشرع المغربي لم يستبعدها صراحة كما فعل مع الختم الميكانيكي إلا أن القضاء المغربي قضى باستبعادها في عدة قرارات.

قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 14 يونيو 1980 ـ مجلة قضاء المجلس الأعلى ـ عدد 30 ـ أكتوبر 1982 ص132.

قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 6 مارس 1989 ـ مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 95 نوفمبر 1991 ص 96.

الفرنسي فقد اعترف بالختم المعروف بـ (Griffe) المستخدم للتوقيع على الأوراق التجارية واستبعد الختم (Sceau) المعتبر في القانون المصري بمثابة توقيع[1].

ومما لا شك فيه أن فتح المجال لاستخدام الختم واعتباره بمثابة توقيع يمكن أن يؤدي إلى نتائج خطيرة نوعا ما، ما لم تفرض ضمانات كافية تحد من تلك الخطورة كطلب التصديق الرسمي أو إمضاء شاهدين، لذلك فإن المشرع المغربي كان موفقا في عدم اعتداده بالختم واعتبار وجوده كعدمه.

على أي فإنه كما قلنا سابقا يشترط التشريع المغربي أن يكون التوقيع بخط اليد[2] وهو ما يتنافى مع فكرة التوقيع الإلكتروني التي تسعى إلى تنفيذ المعاملات بعيدا عن الإجراءات اليدوية، وحسب الفصل 426 من قانون الإلتزامات والعقود يشترط أن يأتي التوقيع أسفل الورقة حتى ينسحب على جميع البيانات[3].

---

(1) محمد السعيد رشدي ـ حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات ـ مجلة الحق ـ اتحاد المحامين العرب ـ السنة 35 عدد 1و2 ـ 2004 ـ ص41.

(2) وهي ما عبر عنها البعض بالشكلية التي تربط بها حجية التوقيع حيث أعطى القانون الحجية للتوقيع الذي يتم بحركة اليد وبذلك فإنه حدد شكلا لا يتوفر بالضرورة في التوقيع الإلكتروني.

أحمد شرف الدين ـ قواعد الإثبات ومقتضيات الأمان في التجارة الإلكترونية –مؤتمر الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية المجلد الثالث مس.ص326.

(3) المعطي الجبوجي ـ القواعد الموضوعية والشكلية للإثبات وأسباب الترجح بين الحجج ـ مطبعة النجاح الجديدة ـ الدار البيضاء بدون تاريخ ص61.

ويرى البعض في نفس الإطار أن هذا الشرط ليس ضروريا لصحة التوقيع وفقا للمادة 426 من ق.ل.ع. فالمهم أن يدل التوقيع على شخصية صاحبه وإرادته بالالتزام، والواضح أن هذا الرأي لم يميز بين ما هو مشروط تشريعيا لصحة التوقيع وبين وظائفه.

طارق كميل ـ التعاقد عبر الإنترنت وجوانبه القانونية ـ رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة ـ قانون الأعمال ـ كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية –جامعة محمد الخامس ـ الرباط 2003 ـ 2004 ص 71 وما بعدها.

هذا من جهة الشروط التي تطلبها التشريع، أما من جهة الوظائف التي يقوم بها التوقيع فهي تتمثل في وظيفتين أساسيتين: تمييز هوية الموقع وتحديد شخصيته[1]، والتعبير عن رغبته في الالتزام بما جاء في المحرر الموقع، وبدونه لا يجبر أحد على تحمل أي التزام مكتوب، الشيء الذي يجعل الكتابة وحدها خالية من أي مضمون[2].

يلاحظ إذن عدم توافق تلك التقنية الحديثة ـ أي التوقيع الإلكتروني[3] ـ مع الشروط المتطلبة قانونا، وفي المقابل توافقها مع الغاية أو الهدف من التوقيع،

---

(1) وقد اشترط بعض الفقه بالإضافة إلى ذلك ضرورة أن يكون التوقيع باسم الموقع ولقبه كاملين بحيث لا يكفي التوقيع بالأحرف الأولى أو بالرقم لأنها لا تؤكد بشكل كاف إقرار الموقع بالمحرر بينما لم يشترط البعض الآخر هذا الشرط ويذهب إلى كفاية الرقم أو التوقيع المختصر متى ثبت أنه للموقع. انظر:

عبد الرزاق السنهوري ـ الوسيط في شرح القانون المدني ـ الجزء الثاني م.س.ص 178.

إدريس العلوي العبدلاوي ـ وسائل الإثبات م.س.ص 85.

وانظر كذلك: أحمد أبو الوفا ـ التعليق على نصوص قانون الإثبات ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ ط2 – 1981 ـ ص 131.

حسن عبد الباسط جميعي ـ إثبات التصرفات القانونية المبرمة عبر الإنترنت ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ 2000 ـ ص 52.

(2) محمد مرسي الزهرة ـ الدليل الكتابي وحجية مخرجات الكمبيوتر في الإثبات في المواد المدنية والتجارية ـ مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت المجلد الأول.م.س.ص 27.

محمد شكري سرور ـ موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية ـ دار النهضة العربية القاهرة ـ 1996 ـ ص77.

(3) انظر في أشكال التوقيع الإلكتروني والشروط المتطلبة فيه حتى يكون حجة في الإثبات في التشريعات الحديثة:

عبد الفتاح بيومي حجازي ـ التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة ـ دار الفكر الجامعي ـ الإسكندرية ط1 ـ 2005 ص 9 وما يليها.

منير وممدوح الجنبيهي ـ التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات ـ دار الفكر الجامعي ـ الإسكندرية 2004 –ص11 وما يليها.

محمود ثابت محمود ـ حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات ـ مجلة المحاماة ـ نقابة المحامين مصر ـ عدد2 ـ 2002 ـ ص618 وما بعدها.

وهو ما يستنتج منه إذن عدم إمكانية إثبات العلاقة التعاقدية المبرمة عبر الإنترنت وفقا للشروط المتطلبة في الورقة العرفية، مما يدفع إلى البحث عن وسيلة أخرى لإثباته، بالاعتماد على الاستثناءات المقررة على ضرورة توفير الدليل الكتابي الكامل.

الفقرة الثانية: حجية العقد الإلكتروني استناداً إلى استثناءات الدليل الكتابي

بالرغم من تطلب التشريع المغربي أن يكون إثبات التصرفات القانونية كقاعدة بالكتابة، إلا أنه أورد على تلك القاعدة بعض الاستثناءات، وبموجبها يمكن الاستغناء عن ضرورة توفير دليل كتابي كامل والاكتفاء بأي وسيلة أخرى من وسائل الإثبات.

وسنقوم من خلال هذه الفقرة بعرض لمدى إمكانية الاعتماد على تلك الاستثناءات لإعطاء الحجية للعقد الإلكتروني المبرم عن طريق الإنترنت في نقطتين، نتناول في الأولى بداية الحجة الكتابية، وفي الثانية استحالة توفير الدليل الكتابي وفقدانه.

أولاً: بداية الحجة الكتابية

نص المشرع المغربي على هذا الاستثناء في الفصل 447 من قانون الإلتزامات والعقود الذي جاء فيه "لا تطبق الأحكام المقررة فيما سبق عندما توجد بداية حجة بالكتابة، وتسمى بداية حجة بالكتابة كل كتابة صادرة ممن يحتج بها عليه أو ممن أنجز إليه الحق أو ممن ينوب عنه".

يستنتج من الفصل أعلاه أنه يشترط في بداية الحجة شرطان، أولهما أن توجد كتابة، وثانيها أن تكون صادرة عمن يحتج بها ضده، لكن ما المقصود بالكتابة في هذا الإطار؟

يجيب بعض الفقه[1] أن الكتابة هنا تؤخذ بأوسع معانيها فهي تنصرف إلى أي كتابة دون اشتراط أي شكل خاص أو توقيع، ودون أن تكون معدة للإثبات، ولكن إذا ما أخذنا بهذا المفهوم يطرح تساؤل آخر بخصوص طبيعة الدعامة التي يجب أن تدون بها الكتابة؟

إذا ما تمعنا في الفصل السابق نجده خاليا من أي تحديد لطبيعة الدعامة، وبالتالي فإنه لا يوجد فيه ما يلزم أن تكون الكتابة فوق ورق ويمكن الاعتراف بتوفر هذا الشرط إذا ما توسعنا في مفهوم الكتابة دون الاعتداد بطبيعة الدعامة.

أما بالنسبة للشرط الثاني والمتعلق بوجوب صدور تلك الكتابة عمن يحتج بها ضده، فإن طبيعة التعاملات الإلكترونية تؤدي إلى صعوبة نسبة المعلومات إلى الشخص المراد الاحتجاج بها ضده، لذلك فإنه حتى إذا تم الادعاء بأن الكتابة صدرت عن الخصم وأنكر هذا الأخير ذلك، فإن إثبات أنها صدرت عنه سيكون أمرا صعبا إن لم نقل مستحيلا[2] إلا إذا كانت موقعة إلكترونيا، وإذا ما نسبنا التوقيع الإلكتروني للشخص فإننا اعترفنا بحجية التوقيع الإلكتروني الشيء الذي يتعارض مع نصوص قانون الإلتزامات والعقود.

ثانياً: استحالة وجود الدليل الكتابي وفقدانه

نص المشرع المغربي على هذه الاستثناءات في الفصل 448 من قانون

(1) إدريس العلوي العبدلاوي - وسائل الإثبات - م.س.ص122.

عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - الجزء الثاني - م.س.ص420.

(2) حسن عبد الباسط جميعي - م.س.ص63.

وإن كان البعض الآخر من الفقه يرى إمكانية الاعتداد بالعقود المبرمة عن طريق الإنترنت على أساس أنها تمثل بداية حجة كتابية، انظر:

محمد السعيد رشدي - م.س.ص64.

الالتزامات والعقود الذي جاء فيه "استثناء من الأحكام السابقة يقبل الإثبات بشهادة الشهود:

1/ في كل حالة يفقد فيها الخصم المحرر الذي يتضمن الدليل الكتابي لالتزام له أو للتحليل من التزام عليه نتيجة لحادث فجائي أو قوة قاهرة أو سرقة.

2/ إذا تعذر على الدائن الحصول على دليل كتابي لإثبات الالتزام.....تقدير الحالات التي يتعذر فيها على الدائن الحصول على الدليل الكتابي موكول لحكمة المحكمة".

بالتالي فإذا أراد الشخص الاعتماد على الاستثناء المنصوص عليه في الفقرة الأولى لإعطاء العقد الإلكتروني حجية في الإثبات، يجب عليه أولا إثبات سبق وجود دليل كتابي، أي يجب عليه إثبات أن هذا السند كان موجوداً فعلا، ثم يثبت فقد السند لسبب أجنبي[1]، الشيء الذي يؤدي إلى عدم قبول هذا الاستثناء في إطار التعاملات الإلكترونية لعدم وجود دليل كتابي في الأصل.

أما بالنسبة للاستثناء الثاني والمتعلق باستحالة وجود الدليل الكتابي، فإنه لا بد من الإشارة إلى أن القانون حينما أوجب الكتابة افترض إمكانية الحصول على الدليل الكتابي، لذلك فإذا ما وجدت ظروف تحول دون ذلك تم الاستغناء عن ضرورة توفير الدليل الكامل، والمقصود بالاستحالة في هذا الشأن هي الاستحالة المانعة من الحصول على دليل كتابي.

وبخصوص مدى إمكانية الاعتماد على هذا الاستثناء للاعتراف بحجية

---

(1) محمد حسام لطفي - استخدام وسائل الاتصال الحديث في التفاوض على العقود وإبرامها - الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية - معهد قانون الأعمال الدولي - كلية الحقوق جامعة القاهرة - 1993 ص22.

الرسائل الإلكترونية فإنه بالرغم إعطاء البعض[1] لهذه الإمكانية، فإننا نؤيد الرأي القائل[2] بعدم إمكانية تطبيقه على العقود الإلكترونية لعدة أسباب: فمن جهة أولى إن صعوبة إنشاء الدليل الكتابي للتعاملات المبرمة عبر الإنترنت لا تصل إلى درجة الاستحالة، لأنه يبقى بالإمكان دائما الاعتماد على الطريقة التقليدية لإبرام العقود والطريقة الإلكترونية ليست هي الطريق الوحيد لذلك، ومن جهة ثانية فإن التشريع المغربي قام بتعداد مجموعة من الحالات في المادة 448 التي يتعذر فيها الحصول على دليل كتابي، وكان الهدف من وراء ذلك عدم إعطاء الحرية الكاملة للقضاء في التقدير، لأنه لا يصح التساهل في هذا التقدير، ويجب الرجوع للأصل دائما وهو ضرورة تطلب الدليل الكتابي[3]، في انتظار القيام بمراجعة المنظومة التشريعية المغربية بالخصوص القواعد الخاصة في الإثبات، ليس فقط في قانون الالتزامات والعقود بل كذلك في القوانين الأخرى كالقانون التجاري والقانون البنكي.

من كل ذلك يتضح لنا أن المشرع المغربي لا يزال متمسكا ببعض المفاهيم التقليدية غير القادرة على حكم ما أفرزه التطور من مستجدات، كالورق

---

(1) الحسن الملكي ـ التجارة الإلكترونية ـ قراءة قانونية ـ مجلة المحاكم المغربية ـ عدد89 ـ سنة 2001 ـ ص82.

(2) عبد الباسط جميعي ـ م.س.ص67.

(3) إدريس العلوي العبدلاوي ـ وسائل الإثبات م.س.ص127.

وفي هذا الإطار نشير إلى أن البعض توسع في الاستثناءات المقررة على ضرورة تطلب الدليل الكتابي إلى درجة اعتبر فيها المحررات الإلكترونية تشكل رابع تلك الاستثناءات. انظر في ذلك:

حاجي صليحة ـ الوفاء الرقمي عبر الإنترنت ـ المظاهر القانونية ـ أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص ـ كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ـ جامعة محمد الأول ـ وجدة ـ السنة الجامعية 2005.2004 ـ ص169.

والتوقيع اليدوي، مما يدفع الأطراف إلى الاتفاق فيما بينهم على اعتماد الوسائل الإلكترونية للتعاقد وإعطاء العقود المبرمة بينهم بتلك الوسائل الحجية في الإثبات، وهو ما يطرح التساؤل حول مدى صحة تلك الاتفاقات؟

في البداية نشير إلى أن قواعد الإثبات بشكل عام تنقسم إلى قسمين: قواعد شكلية تتعلق بإجراءات التقاضي وهي من النظام العام لا يجوز الاتفاق على خلافها، وأخرى موضوعية تنظم محل الإثبات وعبئه وطرقه، وهي ما يهمنا في هذا الصدد وبالخصوص ما تضمنته المادة 443 من تحديد طرق إثبات التصرفات القانونية التي تتجاوز قيمتها 250 درهماً.

وبالرجوع لتلك المادة نجد أنها جاءت خالية من أي إشارة إلى إمكانية مخالفة قواعدها من عدمه[1]، إلا أنه بالرغم من ذلك فإن بعض الفقه[2] يرى إمكانية مخالفة تلك القاعدة على أساس أن القانون الذي يسمح للأفراد بالتنازل عن حقوقهم فمن باب أولى أن يسمح لهم بالتنازل عن وسائل إثبات هذه الحقوق.

لكن إذا ما نظرنا إلى الآثار التي يمكن أن تترتب عن إعطاء الأفراد الحق في مخالفة تلك القواعد سنجد أن الطرف القوي في العلاقة - البنك في إطار بحثنا - يسعى إلى إعطاء جميع الوسائل الحديثة حجية في الإثبات، وبالتالي الإضرار بحقوق الطرف الضعيف - المستهلك - لأن البنك سيكون مسيطرا على

(1) على عكس المادة 1/60 من قانون الإثبات المصري والمادة 1341 من القانون المدني الفرنسي حيث قضتا صراحة بإمكانية الاتفاق على خلافهما.

(2) إدريس العلوي العبدلاوي - وسائل الإثبات - م.س.ص53.

إدريس بلمحجوب: - حجية الميكروفيلم في الإثبات –الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي م.س.ص145.

كل وسائل الإثبات ومحتكرا لها، كما أن ذلك يؤدي إلى إعطاء الوسائل الإلكترونية حجية تفوق تلك الحجية التي أعطاها المشرع للمحررات العرفية وبالتالي مساواتها بالمحررات الرسمية مما يبرز خطورة مثل تلك الاتفاقات.

لذلك وفي ظل صياغة المادة 443 التي توحي بعدم إمكانية اتفاق الأطراف على مخالفتها، وحتى لو أعطينا للأفراد إمكانية مخالفتها، فإنه يجب التقيد قدر الإمكان بالاتفاقات التي تهدف إلى خلق وسائل إثبات لم ينص عليها القانون في انتظار أن يقوم المشرع بتنظيم حجية الوسائل الإلكترونية الحديثة.

والخلاصة مما سبق أن التمسك بقواعد قانون الالتزامات والعقود في الوقت الذي أصبحت فيه استخدام المعلوماتية في البنوك ضرورة لا غنى عنها في ظل المنافسة العالمية، ستؤدي إلى عدم قدرة البنوك المغربية على الاستمرار رغم قدرتها على المنافسة.

وحتى تستطيع البنوك المغربية تجاوز إشكالية إثبات التعاقد فإنها تطلب من عملائها الحضور إلى أحد فروعها لتوقيع العقد توقيعا يدويا، للتوافق مع ما يتطلبه القانون، فإذا ما تجاوزت البنوك تلك الإشكالية بهذه الطريقة، تثار إشكالية أخرى أكثر تعقيدا وهي كيفية إثبات العمليات التي يقوم العميل بها إذا ما وقع نزاع بينه وبين البنك حول إحداها والتي تمت باستخدام الإنترنت بعيدا عن الإجراءات اليدوية.

المبحث الثاني
إثبات محتوى العمليات

أثناء استخدام العميل للإنترنت في تعامله مع البنك قد يثور نزاع بينهما حول إحدى التصرفات القانونية، مما يستوجب من المدعي إثبات ادعائه بالوسائل التي حددها القانون، إلا أن التطور الذي شهده الميدان البنكي جعل البنوك تتخلى عن الوسائل التقليدية وإستبدلتها بوسائل حديثة لإجراء التصرفات القانونية مع عملائها.

وسنقوم من خلال هذا المبحث بدراسة أهم الوسائل التي منحها القانون للبنوك لإثبات العمليات وهي الكشف الحسابي، والذي يطرح العديد من الإشكاليات بشان مدى حجيته في الإثبات، في الوقت الذي تطورت فيه تلك الوسيلة لتتخذ شكلا إلكترونيا، الشيء الذي يجعلنا نتساءل عن مدى مساواتها بالكشف التقليدي ومدى حجيتها في المطلب الأول، ثم نقوم بدراسة حجية بعض الوسائل الحديثة التي تعتمد عليها البنوك في الإثبات مثل رسائل البيانات والميكروفيلم المطلب الثاني.

المطلب الأول
الإثبات بواسطة كشف الحساب

إذا كانت الوسائل التكنولوجية الحديثة أثارت ولا تزال تثير العديد من الإشكاليات فيما يتعلق بمدى صلاحيتها لإثبات التصرفات القانونية، فإن بعض الوسائل التقليدية التي تعتمد على النظام الورقي تثير نفس تلك الإشكاليات، مع أن المشرع جاء بنصوص صريحة بشأن مدى حجيتها (الفقرة الأولى).

كما ان استخدام الإنترنت في المجال البنكي دفع البنوك إلى الاستغناء عن النظام الورقي، مما أدى إلى تطور في شكل بعض الوسائل التي كانت تستخدم في الإثبات ومنها كشف الحساب البنكي، الذي أصبح يتخذ شكلا حديثا يتلاءم مع التعاملات الإلكترونية، مما طرح التساؤل حول مدى إمكانية الاعتماد عليه كبديل لكشف الحساب التقليدي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: حجية كشف الحساب التقليدي في الإثبات

يمكن تلخيص إشكالية كشف الحساب البنكي أنه في مرحلة من المراحل قبل التدخل التشريعي طرح التساؤل حول القيمة القانونية للكشف في الإثبات، وأدى الجدل في إعطائه القيمة القانونية من عدمه إلى تضارب مواقف القضاء[1]، الأمر الذي أدى بالمشرع إلى التدخل بموجب المادة 106 من القانون

(1) حيث اعتبرت ابتدائية أكاديران كشف الحساب من صنع المدعي وأنه إذا لم يعضد بحجة تثبت أن المدعى عليه مدين بالمبلغ المطالب فلا يمكن الاعتداد به، بينما اعتبر المجلس الأعلى في أكثر من قرار له أن الكشف يعتبر حجة ما دام أنه مأخوذ من الدفاتر التجارية الممسوكة من طرف البنك بانتظام.

=

البنكي لعام 1993 وتبعه بتدخل آخر عام 1996 بموجب المادة 492 من مدونة التجارة يؤكد على ما نصت عليه المادة 106.

وقد كان من المأمول أن ينهي المشرع المغربي هذا الخلاف، إلا أنه قام بتكريس تلك الإشكالية بشكل أكثر حدة، حيث جاء نص المادة 106 كما يلي "كشوف الحسابات التي تعدها مؤسسات الائتمان وفقا للكيفية التي يحددها والي بنك المغرب بعد موافقة لجنة مؤسسات الائتمان تعتمد في الميدان القضائي باعتبارها وسيلة إثبات بين المؤسسات وعملائها من التجار في المنازعات التي تنشأ بينهم إلى أن يثبت ما يخالف ذلك".

إذا كانت المادة أعلاه نصت وبوضوح على حجية كشف الحساب في النزاع بين البنك وزبونه التاجر[1]، فإن إغفال غير التاجر أدى إلى خلاف فقهي حول مدى حجيته بالنسبة لهذا الأخير.

حكم ابتدائية أكادير صادر بتاريخ 1992/10/05 ملف عدد 92/392 أشار إليه عمر أزوكار - القضاء وحماية المستهلك في القروض البنكية قراءة في القوة الثبوتية لكشف الحساب - جريدة الأحداث المغربية 19 نوفمبر 1999 - عدد 379 ص7.

قرار المجلس الأعلى عدد 160 بتاريخ 19 ابريل 1980 ملف عدد 73791 مجلة رابطة القضاء عدد 6 - 7 - 1983 ص 90.

قرار المجلس الأعلى عدد 432 بتاريخ 6 يونيو 1989 - ملف مدني عدد 63013 مجلة المحاكم المغربية عدد39 - 1983 ص 94.

قرار المجلس الأعلى عدد 1858 بتاريخ 19 ديسمبر 1990 - ملف عدد 861159 مجلة الإشعاع - عدد4 1990 ص191.

(1) هذا وقد منحها القضاء حجية مطلقة تقريبا في مواجهة الزبون التاجر، فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى "كشف الحساب حجة رغم إنكار الدين."

قرار عدد 1570 بتاريخ 11 اكتوبر 2000 ملف تجاري عدد 1711/99 مجلة المحاكم المغربية عدد 88 سنة 2001 ص 112.

فذهب فريق[1] إلى عدم إمكانية الاعتماد عليه كوسيلة إثبات في مواجهة غير التاجر على أساس أن هذا الأخير لا يملك من الوسائل ما يمكن مقارنته بالتاجر، كالدفاتر التجارية التي يمكن مقارنتها بدفاتر البنك عند النزاع.

بينما ذهب فريق آخر[2] إلى وجوب الاعتماد عليه في مواجهة غير التاجر مستندين إلى مجموعة من الاعتبارات منها أن البنك لا يميز في المعاملة بين التاجر وغير التاجر، وهو يقوم بإرسال الكشف للعميل التاجر وغير التاجر بشكل دوري دون أدنى تمييز.

أما بالنسبة لموقف القضاء المغربي فقد تضاربت أحكامه وقراراته أيضا، بهذا الخصوص فبينما تم اعتبار كشف الحساب المنشئ بوجه قانوني حجة في الإثبات في مواجهة غير التاجر ما لم ينازع فيه في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس جاء فيه "يجب أن يدلي من ينازع بكشف الحساب بأي حجة لإثبات ما يخالف ما جاء بالكشف المدلى به، ولذلك فإن الكشف المنشأ وبصورة قانونية يعتبر حجة ما لم ينازع فيه"[3]، لم يعتبر كذلك في قرارات أخرى كما هو الشأن في قرار للمجلس الأعلى جاء فيه" وحيث إن الطالبة تمسكت في

(1) ومن مؤيدي هذا الاتجاه: حسن الحضري ـ الكشف الحسابي البنكي ـ الندوة الرابعة للعمل القضائي والبنكي م.س.ص265. احمد شكري السباعي ـ الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة والمقاولات التجارية والمدنية ـ الجزء الثاني ـ مطبعة المعارف الحديثة ـ الرباط ـ الطبعة الأولى ـ 2001 ص 61. عمر ازوكار ـ م.س.ص7.

(2) ومن مؤيدي هذا الاتجاه: عبد الواحد بن مسعود ـ الإنذار العقاري ـ بياناته، مرفقاته وموقف القضاء من الطعن في بطلان الانذار ـ مجلة القضاء والقانون عدد 148 السنة 31 ص 199. ليلى بنجلون ـ كشف الحساب البنكي ـ الندوة الرابعة للعمل القضائي البنكي م.س.ص259. أحمد العماري ـ م.س.ص294.

(3) قرار رقم 685 بتاريخ 9 يوليوز 2004 ملف تجاري عدد 04/06 من موقع وزارة العدل المغربية www.justice.gov.ma.

مقالها الاستئنافي بأنها ليست تاجرة ومن ثم فإنه لا يمكن الاحتجاج عليها بالكشف الحسابي استنادا إلى المادة 106 من ظهير 1993 الملغى الذي حصر حجيته بين مؤسسات الائتمان وعملائها التجار..."[1].

وبالتالي يظهر لنا جليا أن الخلاف حول مدى حجية كشف الحساب البنكي إنما هو نتيجة طبيعة للتمييز بين التاجر وغير التاجر في وسائل الإثبات، وهو كذلك نتيجة لعدم وضوح إرادة المشرع بشكل يقطع الشك باليقين في نص المادة 106 من القانون البنكي القديم، حيث كان بالإمكان استبعاد غير التاجر بالنص على ذلك صراحة.

وبعيدا عن الخلافات الفقهية والجدل القضائي في هذا المجال وبغض النظر عن الحجج التي يستند إليها كل طرف منهم يمكن القول إنه ما دام أن البنك يملك محاسبة مراقبة من طرف الجهات الرقابية بشكل دقيق، وما دام أنه يعامل التاجر وغير التاجر على السواء ويقوم بإرسال الكشوف بشكل دوري لهما دون أي تمييز، ومادام أن المشرع نص على اعتماد الكشوف الحسابية كوسيلة إثبات في المادة 106 من القانون البنكي القديم والمادة 492 من مدونة التجارة، وعلى اعتبار أن العميل يمكنه دائما أن ينازع بكشف الحساب بتقديم أدلة تفيد عكس ما ورد في الكشف الحسابي سواء أكان تاجر أم غير تاجر والإمكانية دائما متاحة للجوء للخبرة[2]، فلا مانع من الاعتماد على الكشوف

(1) قرار رقم 94 صادر بتاريخ 18 يناير 2002 ملف تجاري عدد 01/1870 المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات عدد 01 سنة 2001 ص105.

(2) للاطلاع أكثر حول موضوع الخبرة في الميدان البنكي انظر:

أحمد العماري - الكشف الحسابي والخبرة م.س.ص253 وما بعدها.

=

الحسابية كوسيلة إثبات في مواجهة غير التاجر، دون اعطائها نفس الحجية التي تثبت لها في مواجهة التجار، بل باعتبارها قرينة بسيطة إلى أن يقوم العميل بإثبات خلاف ما ورد بها.

وما يزيد من رجاحة الرأي القائل بحجية كشف الحساب في مواجهة الطرف غير التاجر ما جاء به المشرع في المادة 118 من القانون رقم 03/34 المتعلق بمؤسسة الائتمان[1] معتبرا كشف الحساب حجة بين البنوك وعملائها دون أن يخصص إذا ما كانوا من التجار أم لا.

فإذا ما تم وضع حد - كما يؤمل - لإشكالية الاعتداد أو عدم الاعتداد بكشف الحساب التقليدي في عصر أصبح فيه استخدام الورق في البنوك العالمية يقل تدريجيا، فإن تطور البنوك المغربية واعتمادها على شبكة الإنترنت، يستوجب منها تطوير خدماتها بشكل يتوافق مع طبيعة تلك الشبكة بما يؤدي إلى تطوير كشف الحساب البنكي ليتخذ شكلا يتوافق مع تلك الطبيعة، لكن هل يمكن اعتبار الكشف الإلكتروني كنظيره التقليدي حجة في الإثبات؟

الفقرة الثانية: حجية كشف الحساب الإلكتروني في الإثبات

كشف الحساب في جوهره وسيلة لإعلام الزبائن بالعمليات التي قاموا

=

ولعلو أسيا - الفوائد البنكية من خلال العمل القضائي - الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي م س ص 262 وما بعدها.

(1) وتنص المادة 118 من القانون البنكي رقم 03/34 على أنه " تعتمد كشوف الحسابات التي تعدها مؤسسات الائتمان وفق الكيفيات المحددة بمنشور يصدره والي بنك المغرب، بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان، في المجال القضائي باعتبارها وسائل إثبات بينها وبين عملائها في المنازعات القائمة بينهما إلى أن يثبت ما يخالف ذلك".

بإجرائها الدائنة منها والمدينة، إلا أن المشرع قرر إعطاءه الحجية في الإثبات إذا كان متوفرا على مجموعة من الشروط تم التنصيص عليها في المواد 106 من القانون البنكي والفصل 492 من مدونة التجارة وكذلك دورية والي بنك المغرب الصادرة في 5 مارس 1998[1]، بالإضافة إلى ذلك فإنه يجب على البنك أن يقوم بإرسال الكشف إلى العميل بشكل دوري.

فإذا كانت تلك الوسيلة تعتبر كوسيلة إثبات للعمليات التي تتم بالصورة التقليدية، فإن تقديم تلك الخدمات بشكل إلكتروني دفع البنوك إلى تضمين عقود الخدمات البنكية الإلكترونية شروطا تقضي بحجية كشف الحساب الإلكتروني سواء بين العملاء التجار أو غير التجار، في محاولة منها لعدم التخلي عن وسيلة إثبات هامة منحها لها المشرع، مما يطرح التساؤل حول مدى صحة هذه الشروط من الناحية القانونية؟

أشرنا سابقا إلى أن بعض الفقه المغربي[2] يذهب إلى أن الاتفاق على مخالفة القواعد الموضوعية للإثبات دون الشكلية منها يكون صحيحا، على أساس أن القانون سمح للشخص بأن يتنازل عن حقه، وبالتالي يمكن له التنازل عن وسيلة إثبات هذا الحق، لذلك فمن وجهة نظر هذا الاتجاه يكون الشرط الذي أشرنا إليه سابقا صحيحا.

---

(1) وفي حالة تخلف إحدى تلك الشروط فإن كشف الحساب يفقد قوته في الإثبات وهو ما أكد عليه القضاء المغربي في عدة مناسبات منها ما جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بمراكش على انه " يجب أن يكون الكشف موافقا لمقتضيات المواد 106 من القانون البنكي و492 من مدونة التجارة وأن يتضمن جميع العمليات الإيجابية والسلبية مع الإشارة إلى مبلغ الفوائد المحتسبة وسعرها وكيفية احتسابها.....".

محكمة الاستئناف التجارية بمراكش ـ قرار رقم 740 بتاريخ 20 يوليوز 2004 بدون رقم ملف منشور بموقع وزارة العدل المغربية www. justice.gov.ma.

(2) إدريس العلوي العبدلاوي ـ وسائل لإثبات ـ م.س.ص52.

إدريس بلمحجوب ـ م.س.ص145.

لكن بالنظر إلى الاتجاه الحديث الذي يسعى دائما إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، يمكن القول إن هذا الشرط غير قانوني وتعسفي في نفس الوقت.

فهو غير قانوني لأنه يتعارض مع القاعدة القانونية المعروفة بأنه لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلا لنفسه، فكشف الحساب التقليدي ما هو في حقيقة الأمر إلا استثناء تشريعي عن هذه القاعدة، والاستثناء لا يجوز التوسع فيه بإعطاء الحجية للكشف الذي يتم بصورة إلكترونية، والبنك بإعداده لكشف الحساب الإلكتروني يكون قد صنع دليلا لنفسه دون تدخل من طرف العميل، فإذا ما استند البنك إلى كشف الحساب وحده دون أن يثبت أن العميل قام بالعمليات المدرجة فيه فهو بذلك يعتمد على دليل صنعه لنفسه.

وهو يعتبر كذلك شرطا تعسفيا لأن البنك يقوم من خلاله بإعطاء الحجة المطلقة لكشف الحساب الإلكتروني، مما يمنع العميل من الاحتجاج في مواجهة البنك بعدم صحة بعض القيود المدرجة فيه أو بعدم مشروعيتها، الأمر الذي يجعل هذا الشرط غير منسجم مع القواعد العامة وبالخصوص تلك المتعلقة بالحجية الممنوحة للأوراق وكيفية الطعن فيها[1]، لأنه يعطي الكشف حجية ربما تكون أقوى من حجية الورقة الرسمية نفسها، ويحرم بذلك العميل من حقه في إثبات عكس ما ورد في تلك الكشوف.

هذه النتيجة تتماشى مع الاتجاه العام في التشريعات الحديثة التي تهتم

---

(1) ثروت عبد الحميد - مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في ضوء القواعد التقليدية للإثبات - مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون - المجلد الأول - م س ص405.

بحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية من تسلط وجور الطرف الآخر، بالخصوص إذا ما تم العقد بطريق الإذعان.

بالتالي حتى لو تم إرسال الكشف الحسابي الإلكتروني عبر البريد الإلكتروني، وحتى لو توفر هذا الكشف على جميع الشروط المتطلبة قانونا لصحة كشف الحساب التقليدي، فإنه يظل رغم ذلك غير صالح لمواجهة العميل به، ويجب استبعاده لأن البنك يملك من الوسائل ما يمكنه من إثبات العمليات الإلكترونية دون الاعتماد على دليل قام بإنشائه بنفسه دون تدخل من الطرف الآخر.

المطلب الثاني
الإثبات بواسطة رسائل البيانات والميكروفيلم

إن عدم قبول كشف الحساب الإلكتروني في الإثبات سيؤدي بالبنوك إلى البحث عن وسائل أخرى لإثبات العمليات التي قام بها العميل، فقد يلجأ البنك إلى الرسائل المتبادلة بينه وبين عميله والتي يطلب فيها هذا الأخير من البنك إجراء عملية معينة، أو يلجأ إلى الوسائل التي يقوم خلالها بتخزين المعلومات كالميكروفيلم مما يطرح الإشكال حول مدى حجية تلك الوسائل؟

سنقوم من خلال هذا المطلب بالتعرض لحجية كل من رسائل البيانات في الفقرة الأولى والميكروفيلم في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: حجية رسائل البيانات في إثبات التعاملات البنكية الإلكترونية

إن إثبات القيام بعملية معينة عن طريق الإنترنت من الصعوبة بمكان، فالاستفادة من الخدمات البنكية الإلكترونية يتم في بيئة افتراضية غير مادية، فإذا كان البنك متوفرا على نظام توثيقي[1] يكفل تسجيل جميع العمليات التي يقوم بها العميل ويمكن بواسطته إثبات أن مصدر رسالة المعلومات هو العميل نفسه[2]، وأراد أن يثبت من خلاله أن العميل فعلا قد قام بالعملية المنازع فيها، يثار التساؤل حول القيمة القانونية لتلك الوسائل في ظل النظام القانوني المغربي؟

---

(1) للاطلاع أكثر حول الأنظمة التوثيقية ومميزاتها انظر ما تناولناه في الفصل الأول من أمن العمليات البنكية الإلكترونية من الناحية التقنية.

(2) في هذا الإطار نشير إلى أن البنك المركزي الأردني اشترط على البنوك التي تقوم بعمليات التحويل الإلكتروني للأموال أن تستخدم نظاماً توثيقياً يضمن إسناد رسالة المعلومات لمرسلها ويضمن عدم إنكارها من طرف العميل.

قبل التطرق لموقف المشرع المغربي[1] نشير إلى أن بعض التشريعات اعترفت بحجية رسائل البيانات في الإثبات في القضايا البنكية تجاه العملاء التجار وغير التجار، فعلى سبيل المثال نجد أن المشرع الأردني نص في المادة 92/ب من قانون البنوك على أنه " على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر يجوز الإثبات في القضايا المصرفية بجميع وسائل الإثبات بما في ذلك البيانات الإلكترونية...".

بذلك أعطى المشرع الأردني صراحة لرسائل البيانات سواء تلك المخزنة في الوسائط الإلكترونية أو المستخرجة من أجهزة الحاسب حجية في الإثبات أمام القضاء، بالإضافة إلى إعطائه تلك الحجية لرسائل البيانات في قانون المعاملات الإلكترونية.

أما بالنسبة للتشريع المغربي فإنه يمكن تلخيص العوائق القانونية التي تحول دون الاستفادة من رسائل البيانات كوسيلة للإثبات في نقطتين[2]:

- تطلب المشرع المغربي ضرورة توفر الدليل الكتابي الكامل (ورقة رسمية أو عرفية) في جميع التصرفات التي تزيد قيمتها عن 250 درهماً في المادة 443، الشيء الذي يؤدي إلى استبعاد رسائل البيانات من نطاق الدليل الكتابي.
- خلو رسائل البيانات من التوقيع اليدوي المباشر وتطلب هذا الأخير

(1) نشير في هذا الصدد إلى أن المغرب كان من أوائل الدول العربية التي فكرت في وضع قانون يحكم المعاملات الإلكترونية إلا أنه أصبح الآن أحد الدول القليلة في العالم التي لا تتوفر على قانون يحكم تلك المعاملات بالرغم من الاهتمام الكبير الذي أولاه المغرب لهذا المجال، راجع في هذه النقطة:

- Badhri Mohammed - Le commerce électronique : quelles perspectives au Maroc ? 1ede - 2001 - Eljousour - Oujda.

(2) للتوسع اكثر راجع المطلب الثاني من المبحث الأول في هذا الفرع.

في المادة 426 والمتعلقة بشروط الورقة العرفية، الشيء الذي يؤدي إلى عدم الأخذ بالتوقيع الإلكتروني[1].

لكل ذلك فإن رسائل البيانات لا تتمتع بأي حجة في الإثبات في ظل القواعد التقليدية للقانون المدني، بالرغم من تبني المشرع المغربي لبعض المفاهيم الحديثة وإعطاء الحجية لبعض الوسائل الحديثة[2]، إلا أن ذلك يبقى دون طائل ما دام بقي محصورا في بعض النصوص والقوانين الخاصة ولم يطل القواعد العامة، وبالخصوص تلك المتعلقة بالإثبات ابتداء من المادة 417[3] من قانون الالتزامات والعقود فإنه يبقى دون جدوى.

الشيء الذي يتركنا أمام خيارين: فإما ترك الأمر للقضاء وما يمكن أن يترتب على ذلك من احتمال إصدار أحكام وقرارات متناقضة وفوات وقت طويل قبل استقرار الاتجاه القضائي، وهو ما لا يتلاءم مع متطلبات العصر الحالي،

---

(1) وقد أضاف البعض عوائق أخرى تتمثل في مبدأ أنه لا يمكن للشخص أن يصطنع دليلا لنفسه، حيث إن رسالة البيانات الموقعة إلكترونيا تعتبر من صنع شخص واحد ولا يجوز له التمسك بها أمام القضاء، وكذلك فإن أغلب الدعائم الإلكترونية ما هي في حقيقة الأمر إلا صور، وصور الأوراق العرفية ليست لها أي قيمة في الإثبات.

إبراهيم دسوقي أبو الليل ـ الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية ـ مجلس النشر العلمي ـ لجنة التأليف والتعريب والنشر جامعة الكويت ط1 ـ 2003 ص 45 وما بعد.

(2) من ذلك ما نصت عليه المادة الثانية من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة بمقتضى الظهير رقم 222 ـ 00 ـ 1 الصادر في 5 يونيو 2000 تنفيذ القانون حكم 99 ـ 20 منشور بالجريدة الرسمية عدد 4804 بتاريخ 15 يونيو 2000، حيث جاء فيها: " الوثيقة هي كل حامل تتضمن مجموعة من المعطيات أو المعلومات كيفما كانت نوعية الطريقة التقنية المستعملة مثل الورق والأشرطة الممغنطة والأسطوانات والأسطوانات اللينة والأقراص المدمجة".

(3) وتنص المادة 417 على أنه: «ينتج الدليل الكتابي من ورقة رسمية أو عرفية ويمكن ان ينتج أيضا من المراسلات والبرقيات ودفاتر الطرفين وكذلك قوائم السماسرة الموقع عليها من الطرفين على الوجه المطلوب والفواتير المقبولة والمذكرات والوثائق الخاصة ومن كل كتابة أخرى...".

وإما أن نتجه إلى خيار التعديل التشريعي الذي يحتاج إلى دراسة شاملة لكافة تشريعات النظام القانوني الوطني بوضع برنامج طويل الأمد، أو إصدار تشريع خاص يعترف بالتوقيع الإلكتروني والرسائل الإلكترونية ومن ثم الإحالة على باقي التشريعات الأخرى، بحيث ينص على أنه أينما تطلب المشرع التوقيع أو الكتابة أو الورقة فإن التوقيع الإلكتروني والرسائل الإلكترونية والوسائط الإلكترونية تفي بالغرض[1].

ولعل الحديث عن تعديل قانون الالتزامات والعقود يقودنا إلى الحديث عن مسودة مشروع رسائل البيانات المغربي، فبالإضافة إلى الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني جاء المشروع ببعض المقتضيات التي همت تعديل بعض مواد قانون الالتزامات والعقود وبالخصوص المادة 417 منه، من خلال إضافة مجموعة مواد أخرى إليها وهي كما يلي:

- 417 مكرر" تقبل رسائل البيانات كما هي محددة حسب هذا القانون كوسيلة إثبات على مستوى السند الكتابي فوق دعامة ورقية، شريطة أن يكون ممكن وبشكل موثوق منه من تعيين هوية الشخص الصادرة عنه الرسالة، وأن تقام وتخزن ضمن شروط من طبيعتها أن تضمن وحدتها".
- 417 مكرر مرتين " تتوفر رسائل البيانات على نفس القوة الثبوتية التي للسند الكتابي فوق دعامة ورقية".

(1) ويرى البعض أن هذا الخيار الأخير والذي يسمى التشريع الأولي لا يخدم التجارة الإلكترونية بقدر ما يعيقها إلا أننا نرى انه يجب على المشرع المغربي تبني هذا الخيار الأخير كوسيلة أولية قبل إعادة النظر في جل التشريعات الحالية.

يونس عرب ـ حجية الإثبات بالمستخرجات الإلكترونية في القضايا المصرفية ـ موقع عرب للقانون .www.arablaw.org

بالإضافة إلى ذلك فإن الباب الثاني من المشروع خصص المواد من 3 ـ 5 منه لمسألة الاعتراف القانوني برسائل البيانات حيث تنص المادة 3 على أنه "إذا اشترط القانون أن تكون المعلومة بشكل مكتوب أو إذا كان يرتب بعض النتائج في الحالة التي لا تكون فيها في شكل كتابي فإن رسالة البيانات تفي بهذا الاشتراط".

وبنظرة شمولية إلى مسودة المشروع نجد أنها تضرب في العمق المبادئ العامة المستقرة في مجال الإثبات والدليل الكتابي في قانون الالتزامات والعقود، إلا أن أسلوب الإحالة الذي استخدمه المشرع المغربي في المشروع لا يعطي حلا جذريا، بل هو بمثابة مرحلة انتقالية قبل أن يتم مراجعة القوانين الجاري بها العمل أولا بأول بما يتلاءم مع التطورات الحديثة[1].

أما في المرحلة الحالية فإن تلك الرسائل ليست لها أية قيمة في الإثبات حسب قواعد قانون الالتزامات والعقود، مما يدفع إلى التساؤل عن مدى حجية وسائل تخزين المعلومات وبالخصوص ما يطلق عليه الميكروفيلم أو الفيلم الدقيق.

(1) وفي انتظار أن يدخل هذا القانون حيز التطبيق يقترح البعض بالإضافة إلى التعديلات التي تضمنها المشروع ترك مسألة النصاب القانوني من اختصاص قانون تنظيمي وأن يتم تعديل المواد 426 والمادة 443 من ق.ل.ع، إلا أنه إذا كنا نتفق مع ما ذهب إليه الرأي السابق من وجوب إبقاء مسألة تحديد النصاب القانوني المتطلب في المعاملات حتى يتوجب الإثبات بالكتابة للقوانين التنظيمية مما يمكن من تعديلها كلما استلزم الأمر بشكل سريع فإن مسألة تعديل المادة 426 ليست ذات أهمية كبيرة على اعتبار أن المشرع المغربي استخدم في مشروع رسائل البيانات أسلوب الإحالة أي أنه أعطى لرسائل البيانات وللتوقيع الإلكتروني الحجية كلما تطلب المشرع الكتابة والتوقيع.

- أنجوم عمر ـ الحجية القانونية لوسائل الاتصال الحديث ـ أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص ـ كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ـ جامعة الحسن الثاني ـ الدار البيضاء ـ 2003 ـ 2004 – ص 302 ـ 303.

الفقرة الثانية: حجية الميكروفيلم في الإثبات[1]

أشرنا في موضع سابق إلى أن حجم المعلومات المعالجة من طرف البنوك أدت إلى جعل المخزون الورقي الهائل إحدى أهم المشكلات التي تواجهها، سواء من حيث تكلفتها أو من حيث تطلب تخزينها لمدة معينة.

لذلك حاولت البنوك الاستفادة من الطفرة التكنولوجية لاستبدال وسائل التخزين التقليدية بوسائل حديثة قادرة على تخزين آلاف الصفحات في جهاز لا يتعدى حجمه ثلاثين سنتيمترا، وهو ما يطلق عليه الميكروفيلم، والذي يمكن تعريفه بأنه "وعاء (دعامة) غير تقليدي للمعلومات تصنع من مادة فيلمية معينة تستخدم في التصوير المصغر للأوراق، ويمكن من مشاهدة الصورة المسجلة عن طريق تكبيرها على جهاز القراءة أو طبعها بعد ذلك على الورق"[2].

وكغيرها من الوسائل الحديثة تثير تلك الوسيلة التساؤل حول حجيتها في الإثبات أمام القضاء إذا ما تم الاستفادة منها كبدائل للوسائل التقليدية لحفظ المعلومات؟

في البداية لابد من الإشارة إلى موقف بعض التشريعات العربية من مدى الحجية القانونية للميكروفيلم في الإثبات ومدى إمكانية الاعتماد عليه كبديل

(1) سنتطرق هنا لمدى إمكانية الاعتماد على الميكروفيلم كبديل لنظام الدفاتر التجارية في النظام القانوني المغربي، ولذلك فإن اعتماد البنوك على الميكروفيلم لا يكون بهدف تقديمها لإثبات المعاملات البنكية الإلكترونية مباشرة، بل إلى الاستغناء عن الوسائل الورقية التقليدية لتخزين المعلومات ومن ثم استخدامها كوسيلة للإثبات، فقد يقوم البنك بإرسال إشعار معين إلى عميله ومن ثم يقوم بتصوير هذا الإشعار وتخزينه في الميكروفيلم وبعد قيام نزاع بين البنك وعميله حول ذلك الإشعار يطرح التساؤل حول مدى إمكانية اعتماد البنك عن الميكروفيلم كوسيلة إثبات.

(2) محمد حسام لطفي ـ الحجية القانونية للمصغرات الفيلمية ـ دار الثقافة ـ القاهرة 1988 ـ ص11 وما بعدها. مفلح عواد القضاة ـ البينات في المواد المدنية التجارية ـ مطبعة الجامعة الأردنية ـ عمان ـ 1994 ص 212.

للدفاتر التجارية، فعلى سبيل المثال نجد أن المشرع المصري نص في المادة 26 من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 على أنه "يجب على التاجر أو ورثته الاحتفاظ بالدفاتر التجارية لمدة 5 سنوات ويجوز لهم الاحتفاظ للمدة المذكورة بالصور المصغرة (الميكروفيلم)، بدلا من الأصل".

أما في الإمارات العربية المتحدة فقد نصت المادة 2 من القرار الوزاري رقم 73 لسنة 1994 بشأن الاحتفاظ بالصور المصغرة (الميكروفيلم) وغيره من الوسائل التقنية الحديثة على أنه "يجوز للمنشأة العاملة في الدولة التقدم للوزارة بطلب احتفاظها بالمصورات بدلا من الأصول".

ونصت المادة 92/ج من قانون البنوك الأردني على أنه "للبنوك أن تحتفظ للمدة المقررة في القانون بصورة مصغرة (ميكروفيلم أو غيره من أجهزة التقنية الحديثة) بدلا من أصل الدفاتر والسجلات والكشوفات والوثائق والمراسلات والبرقيات والإشعارات وغيرها من الأوراق المتعلقة بأعمالها المالية وتكون لهذه الصور المصغرة حجية الأصل في الإثبات[1]".

فبالاطلاع على التشريعات السابقة يمكن القول إن الميكروفيلم يعتبر حجة في الإثبات، إلا أنه لا بد من الإشارة إلى أن:

- الاعتماد على المصغرات الفيلمية بدلا من الأصول في المعاملات التجارية ليس إلزاميا ولكنه مسألة اختيارية، إن شاءت البنوك استخدمتها وإلا فعليها الاحتفاظ بالدفاتر التجارية للمدة التي حددها القانون.

---

(1) ويمكن أن نشير كذلك إلى المشرع العراقي في قانون إتلاف الأوراق الرسمية رقم 141 سنة 1973 حيث أعطى النسخ المصورة (الميكروفيلم) حكم الأصل فيما يتعلق بالحقوق والالتزامات المترتبة عنها. للاطلاع أكثر انظر: عباس العبودي ـ م.س.ص57.

- تنظيم الاحتفاظ بالصور المصغرة ليس نظاما بديلا لنظام الدفاتر التجارية ، بمعنى آخر على التاجر أو البنك إمساك الدفاتر التجارية والتقيد بالضوابط التي وضعها المشرع أولا ، ثم له بعد ذلك إن أراد بدلا من الاحتفاظ بأصول هذه الدفاتر وكذلك جميع الأوراق المتعلقة بأنشطته أن يحتفظ بصورة مصغرة عنها ، وهكذا يبدو أن التنصيص على مسألة الاحتفاظ بالصورة المصغرة وكأنه مجرد وسيلة اقتصادية للتخفيف من أعباء البنوك والتجار المالية[1].
- بالإضافة إلى ذلك فإنه لا يجوز الفهم أن تلك التشريعات تعطي الحجية المطلقة للميكروفيلم، بل لا بد من توفر مجموعة من الشروط قامت بتحديدها[2] كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الإماراتي الذي حدد مجموعة من الشروط يجب مراعاتها وذلك في المادة الثالثة من القرار المشار إليها سابقا وتتمثل تلك الشروط في ضرورة:

(1) ناجي عبد المومن ـ ملاحظات حول حجية الدفاتر التجارية في ظل انتشار الكمبيوتر في قانون المعاملات التجارية الإماراتي وقانون التجارة المصري ـ مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون ـ مجلد3 ـ م.س.ص695.

(2) يمكن القول إن أهم الشروط المتطلبة في الميكروفيلم لكي يعتمد كحجة في الإثبات في اغلب التشريعات هي:

- مراعاة المعالجة المحاسبية المعتادة للأصل الورقي.
- الثبات.
- الوضوح والقابلية للقراءة.
- القابلية للرقابة.
- الحصول على إذن مسبق ووجود السندات الأصلية قبل تصويرها.

انظر:

- محمد حسام لطفي ـ م.س.ص102 وما بعدها.
- عباس العبودي ـ م.س.ص54 وما بعدها.

- قيام المنشأة بعرض الأصول على إدارة السجل التجاري قبل مباشرة عملية التصوير وعلى الإدارة التأكد من مراعاة الضوابط المنصوص عليها في القانون التجاري.
- تأكد إدارة السجل التجاري من سلامة التصوير ومراجعته صفحة صفحة قبل السماح بإتلاف الأصول، ويمكن للمنشأة استنساخ نسخة أو أكثر من المصورات للرجوع إليها عند الحاجة.
- قيام إدارة السجل التجاري بإيداع النسخة الأصلية من المصورات في ملف خاص يتم إغلاقه وختمه بخاتمه، ويثبت تاريخ الإغلاق عليه قبل تقديمه للمنشأة، ولا يجوز فتحه إلا بمعرفة إدارة التسجيل أو بمعرفة المحكمة التي يطلب الاحتجاج بحجية المصورات في مواجهتها[1].

أما بخصوص التشريع المغربي فإن البنوك كغيرها من التجار تلزم بمسك الدفاتر التجارية حسب القانون رقم 9.88 بالرغم من كون استخدام الميكروفيلم في المجال البنكي والاعتراف التشريعي به في الكثير من الدول تم منذ فترة ليست بالقصيرة، ومن ثم لا يوجد أي نص في التشريع المغربي يعطي الحجية لتلك الوسيلة، لهذا فلا مناص من محاولة الرجوع للقواعد العامة للبحث عن أساس قانوني يسمح بالاعتراف بحجيتها إذا تم استخدامها من طرف البنوك لحفظ بعض المراسلات بينها وبين عملائها من غير التجار.

قبل ذلك يجب التعرف على ماهية تلك الوسيلة، فالميكروفيلم ليس إلا وسيلة

---

(1) قاسم عبد الحميد الوتيدي ـ الدفاتر التجارية ومدى حجيتها في ظل تواجد الحاسوب وانتشاره في الساحة الاقتصادية ـ مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون ـ المجلد 3 ـ ص672.

للاحتفاظ بصور الوثائق، لذلك فالوثائق المستخلصة منه تكون مجرد صور وليست أصولا، وبالرجوع لقانون الالتزامات والعقود نجد أن الفصل 440 منه[1] لا يعطي للصور أي حجية إلا إذا كان مشهودا بمطابقتها للأصل من طرف الموظفين المختصين، لكن يطرح التساؤل حول ما إذا كان من الضروري أن تكون تلك الشهادة التي يقوم بها الموظف المختص على شكل ختم وتوقيع على الصورة للاعتراف بمطابقتها للأصل بعد معاينة هذا الأخير، أم يمكن أن تكون تلك الشهادة منفصلة عن الصورة، كما لو تم وضع الصور داخل مغلف يقوم الموظف بختمه والتوقيع عليه بعد معاينة الأصول والشهادة بمطابقتها للأصول؟

في البداية نشير إلى أن البعض[2] لا يعطي للميكروفيلم أي قيمة أسمى من قيمة الصورة وبذلك فإنه ليست لها أي حجة في الإثبات بالاعتماد على الفصل 440 والنصوص الأخرى المشابهة في التشريع المقارن.

إلا أنه إذا كان يمكن قراءة الفصل 440 من قانون الالتزامات والعقود بشكل يتوافق مع ما أفرزه التطور التكنولوجي، مع الأخذ بعين الاعتبار تجارب الدول الأخرى، فلماذا نتمسك بمفاهيم تقليدية؟

لهذا فإن القراءة التي تتماشى مع هذا النهج هي التي تكون مسايرة للتطور، والتي تأخذ بالمفهوم الموسع للنصوص بما يتفق مع النص ذاته، أي تحميل النص ما لا يحتمله، ودون الخروج عن نية المشرع بخصوصه، وعليه فإنه يمكن

---

(1) ينص الفصل 440 من ق.ل.ع على أنه " النسخ المأخوذة عن أصول الوثائق الرسمية والوثائق العرفية لها نفس قوة الإثبات التي لأصولها إذا شهد بمطابقتها لها الموظفون الرسميون المختصون بذلك في البلاد التي أخذت فيها النسخ ويسري نفس الحكم على النسخ المأخوذة عن الأصول بالتصوير الفوتوغرافي".

(2) محمد حسام لطفي ـ م.س.ص.17.

إدريس بلمحجوب ـ م.س.ص.144.

إعطاء الحجية للميكروفيلم في ظل الفصل السابق إذا ما كانت شهادة الموظف المختص مدرجة على ظرف خاص يوضع بداخله الميكروفيلم ويختم ويوقع من طرف الموظف، بعد أن يقوم هذا الأخير بفحص الوثائق الأصلية قبل إتلافها، ويراقب عملية تصويرها وتخزينها في الميكروفيلم، ومن ثم عدم إعطاء الإمكانية لفتح ذلك الظرف إلا بإذن من الموظف المختص نفسه أو بإذن القضاء، وبذلك لا نخرج عن روح النص ذاته ونكون في غنى عن انتظار المشرع لكي يتدخل ويعطي الميكروفيلم حجية، في ظل بطئ المنظومة التشريعية المغربية عن التطور وملاحقة ركب التشريعات العربية الأخرى.

إلا أنه كما علمنا فإن العمل في بيئة محفوفة بالمخاطر كبيئة الإنترنت، وخصوصا في مجال كالمجال البنكي، يمكن أن يؤدي إلى تضرر أحد الأطراف وهو عادة ما يكون العميل، الشيء الذي يثير التساؤل حول المسؤولية الناشئة عن العمل داخل تلك البيئة، وهو ما سنتناوله في الفرع التالي.

الفرع الثاني
المسؤولية المدنية الناشئة عن العمل البنكي الإلكتروني

إن تعقد وتشابك العلاقات عبر الإنترنت يجعل تحديد المسؤول عن الأضرار التي تقع لأحد أطراف علاقة قانونية معينة أمرا غاية في الصعوبة، فالبنك يرتبط مع عملية بعقد تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية، كما يرتبط مع مجموعة أخرى من الأطراف التي تقوم بتزويده ببعض الخدمات التي تتعلق بممارسة نشاطه عبر شبكة الانترنت، بالإضافة إلى ذلك فإن انفتاح شبكة الإنترنت يشكل بحد ذاته أحد أهم الأخطار نتيجة زيادة احتمال وقوع الضرر من فعل الغير الخارج عن العلاقة.

لكن بما أن العميل هو الذي يشكل الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وبما أن البنك يملك من القدرة الاقتصادية ما يمنحه امتيازا في مواجهة العميل يمكنه من تضمين عقود الخدمات الإلكترونية ما يشاء من شروط، كان لا بد لنا من التركيز بشكل أكبر على بيان مدى مسؤولية البنك تجاه العميل مع الإشارة عند اللزوم لمسؤولية هذا الأخير ولمسؤولية الغير.[1]

وفي ظل غياب نظرية عامة تنطلق من طبيعة العمل البنكي لتحديد مسؤولية البنك[2] فان تحديدها سيكون وفقا للقواعد العامة من خلال تقسيم

---

(1) إن تحديد نطاق مسؤولية البنك بشكل دقيق يؤدي بالضرورة إلى تحديد نطاق مسؤولية العميل في إطار العلاقة التعاقدية بينهما.

(2) عبد العالي العضراوي ـ المسؤولية المدنية للأبناك في أحكام وقرارات المحاكم التجارية ـ الطبعة الاولى 2003 ـ ص5.

هذا الفرع الى مبحثين: نتناول في المبحث الأول طبيعة وأساس المسؤولية المترتبة على البنك الناشئة عن العمل البنكي الإلكتروني، ونتطرق في المبحث الثاني إلى أركان المسؤولية والإعفاء منها.

المبحث الأول
طبيعة وأساس المسؤولية الناشئة عن العمل البنكي الإلكتروني

إن أي دراسة لموضوع شائك كالمسؤولية لابد وأن ينطلق في البداية من تحديد طبيعته من الناحية القانونية بالإضافة إلى تحديد الأساس القانوني الذي يرتكز عليه تقريره، وذلك حتى نستطيع من بعد ذلك حصر النطاق الذي يمكن أن تثار في ظله تلك المسؤولية.

وعليه فإننا سنقوم في هذا المبحث بتحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن العمليات البنكية الإلكترونية في المطلب الأول كما سنتطرق لأساس تلك المسؤولية في المطلب الثاني.

المطلب الأول
طبيعة المسؤولية

يترتب على تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية الناتجة عن العمليات البنكية الإلكترونية آثار من الأهمية بمكان، فبموجبها يمكن تحديد العناصر المكونة للمسؤولية، ولا تقل هذه الأهمية عن الأهمية الناتجة عن تحديد طبيعة الالتزام الذي يلتزم به البنك في إطار العمليات البنكية الإلكترونية.

لذلك سنقوم بدراسة الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن العمليات الإلكترونية في الفقرة الأولى، كما سنتطرق لطبيعة التزام البنك أثناء تقديمه للخدمات البنكية الإلكترونية في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن العمليات البنكية الإلكترونية

تنقسم المسؤولية المدنية إلى نوعين: عقدية تكون ناتجة عن الإخلال بأحد الإلتزامات التي يقررها العقد الرابط بين المسؤول والمتضرر، وتقصيرية تقوم على أساس الإخلال بالتزام قانوني مفروض على الجميع، وهو عدم الإضرار بالغير، ولعل المسؤولية العقدية إحدى أهم الآثار الناتجة عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، حيث إن هذا الأخير يفرض على المتعاقدين تنفيذ العقد والإذعان له، وأن يتم ذلك بحسن النية وحسب ما تقضي به القواعد الأخلاقية والقانونية.

لهذا فنظرا لوجود عقد بين البنك والعميل، فإن أي خطأ يرتكبه البنك ويؤدي إلى إحداث ضرر بالعميل في إطار العمليات البنكية الإلكترونية يدخل في إطار المسؤولية العقدية، ويشترط لقيام المسؤولية العقدية ثلاثة شروط:

1- وجود عقد صحيح توفرت فيه شروط الصحة والنفاذ، أما إذا كان العقد باطلا ووقع الإضرار بأحد المتعاقدين بفعل المتعاقد الآخر فإن المسؤولية تكون تقصيرية لانعدام العلاقة التعاقدية[1].

2- أن يخل العاقد بالتزام ناشئ عن العقد يجب عليه الوفاء به، وقد يكون الإخلال بعدم تنفيذ إحدى الالتزامات أو تنفيذه في وقت متأخر عن الوقت المحدد في العقد، أما إذا وجد العقد بين الطرفين وكان الإخلال لا علاقة له بالعقد، فإن المسؤولية تكون تقصيرية في هذه الحالة لعدم تعلق الإخلال بالتزام عقدي[2].

3- أن يترتب على عدم التنفيذ أو التأخير فيه ضرر يلحق المتعاقد الآخر.

والقصد من تقرير المسؤولية العقدية هو دفع المتعاقد إلى الحرص على تنفيذ التزامه الناشئ عن العقد، وأن يحافظ على أداء الالتزامات المتفق عليها فيه، لأن هذا هو موجب العقد ولا تتحقق الفائدة المرجوة منه إلا بتنفيذه على الوجه المتفق عليه، فإذا لم يلتزم المتعاقد بالتنفيذ على ذلك الوجه كان حريا

(1) محمد الشحات جندي - ضمان العقد أو المسؤولية العقدية في الشريعة الاسلامية مقارنة بالقانون المدني - النهضة العربية - القاهرة 1990.

(2) نشير في هذا الصدد إلى أن البعض اشترط لقيام مسؤولية البنك التقصيرية تجاه الزبون أن تنقضي العلاقة التعاقدية بين الطرفين ثم أن يكون المضرور زبونا سابقا للبنك وإلا عد غيرا.

نور الدين زحاف، المسؤولية المدنية للأبناك إزاء الزبناء والأغيار - الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي - م س ص358.

إلا أنه من الثابت أن الفعل الضار بحد ذاته قد تتوفر فيه شروط كل من المسؤوليتين التقصيرية والعقدية، لكن الإشكال يطرح حول مدى إمكانية منح المضرور الحق في اختيار إحدى المسؤوليتين لمقاضاة الطرف الآخر، للإطلاع أكثر حول هذه النقطة راجع:

أستاذنا إدريس الفاخوري - الخيرة وعدم الخيرة في المسؤولية المدنية - مجلة الناظرة - عدد 4 - 1999 - ص 53 وما بعدها.

بالقانون أن يحمله المسؤولية التي تنشأ عن ذلك والتي تتمثل في رد الفعل المقابل والمناسب للإخلال الحاصل بعدم التنفيذ أو التأخر فيه.

بالتالي فإن المسؤولية في إطار العلاقة بين البنك وعميله تكون مسؤولية عقدية، إلا أنه إذا ما علمنا أن البنك في إطار العمليات البنكية الإلكترونية لا يقوم بتقديم بعض الخدمات بنفسه بشكل مستقل بل يقوم بذلك معتمداً على مجموعة من الأطراف (الوسطاء والمبرمجون) نظرا لما يتوفرون عليه من خبرة في مجال عملهم وهو بذلك يرتبط معهم بمقتضى عقود، فإذا ما حدث ونتج ضرر للعميل نتيجة فعل أحد هؤلاء الوسطاء الذين يتعامل معهم البنك يثار التساؤل حول إمكانية مساءلة البنك على أساس فعل المتبوع عن أعمال تابعه؟ لأن العميل في تعامله بالخدمات البنكية الإلكترونية لا يكون مرتبطا بعلاقة تعاقدية إلا مع البنك، والبنك هو الذي يستعين بالوسطاء لتقديم خدماته للعميل.

إن نظرية مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه غير كافية لمساءلة البنك عن فعل الوسطاء في هذه الحالة لأن الوسطاء يقومون بتقديم خدمات للبنك بموجب عقد يربط بينهما، تساعد هذا الأخير على تقديم الخدمات الإلكترونية للعميل، وبذلك فإنهم يعتبرون بمثابة مساعدين لا تابعين له، أي أن البنك لا يملك سلطة الرقابة والإشراف عليهم أثناء تنفيذهم لأعمالهم[1]، لذلك فإن المسؤولية عن

---

(1) تجدر الإشارة هنا إلى أن مسؤولية البنك التقصيرية عن الأضرار التي تحدث للغير تقوم على أساس مسؤولية المتبوع عن فعل تابعيه بينما في إطار المسؤولية العقدية فإن البنك يكون مسؤولا بشكل مباشر تجاه العميل ولو وقع الخطأ من أحد الموظفين العاديين لان البنك شخص معنوي يتعاقد مع العميل باسمه، والموظفون ليسوا الى مجرد وسائل يقدم من خلالهم خدماته، أما إذا تعاقد أحد العاملين في البنك "كالمدير مثلا" باسمه فتطبق هنا قواعد النيابة فكلما تعامل النائب ضمن الحدود المخولة له تصبح أعماله ملزمة للأصيل.

=

جميع الأخطاء التي يرتكبونها تقع على كاهل البنك على أساس المسؤولية العقدية عن فعل الغير[1].

ويقصد بالمسؤولية العقدية عن فعل الغير مسؤولية المتعاقد عن فعل المساعدين الذين استعان بهم في تنفيذ العقد على الرغم من أن هذا المتعاقد لم يقع منه أي خطأ شخصي[2].

وما يؤكد تلك النتيجة ما جاء في المادة العاشرة من التعليمات الصادرة عن البنك المركزي الأردني بخصوص تقديم البنوك لخدماتها بطريقة إلكترونية من أن البنك يكون مسؤولا مسؤولية مباشرة عن أي تجهيزات أو أنظمة أو تعاقدات أو خدمات يقدمها طرف ثالث بخصوص تنفيذ عملياته بطريقه إلكترونية.

= انظر في ذلك:

عبد اللطيف مشبال - المسؤولية المدنية للأبناك والاجتهاد القضائي المغربي - الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي - م.س.ص 303.

محمد عطاف - المسؤولية المدنية للبنك - الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي - م.س.ص 319.

صقيلي محمد - المسؤولية المدنية للبنك - الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي - م. س.ص 401.

عبد العالي العضراوي م - س - ص7.

(1) لا بد من الإشارة هنا إلى أن النظرية الفرنسية تعتبر التابع امتدادا لشخصية المتبوع فعندما يتصرف التابع فإن ذلك يعتبر بالنسبة للغير وكان المتبوع قد تصرف شخصيا فالتبعية تعني الحلول قانونا وأن شخصية متبوع وشخصية التابع تشكلان شخصية واحدة بالنسبة للغير وعليه فإن مصطلح التبعية وفقا لهذه النظرية له مفهوم ضيق لا يشمل إلا المأجورين ولا يشمل أولئك المساعدين المستقلين، لذلك ظهرت نظرية المسؤولية العقدية عن فعل الغير لتضمن مساءلة المتعاقد عن كل الأعمال التي يقوم الأشخاص الآخرون بتقديمها له في سبيل تنفيذ العقد مع المتعاقد الآخر، للاطلاع أكثر حول هذا الموضوع راجع:

عبد الرشيد مأمون - المسؤولية العقدية عن فعل الغير - دار النهضة العربية - القاهرة 1986.

محمد بوستة - المسؤولية العقدية عن فعل الغير في التشريع المغربي - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - جامعة القاضي عياض - مراكش السنة الجامعية 2001 - 2002.

(2) محمد بوستة م.س ص 120.

الفقرة الثانية: طبيعة التزام البنك في عقد تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية

يكتسي تحديد طبيعة الالتزام الناشئ في إطار العلاقة بين البنك وعميله أهمية بالغة لتحديد معيار الخطأ البنكي[1]، ذلك أن الالتزام حسب الغاية المرجوة منه ينقسم إلى التزام بتحقيق نتيجة والتزام ببذل عناية، فالنوع الأول يقتضي من الملتزم أن يصل إلى نتيجة معينة من خلال تنفيذه للعقد، وبالتالي فإن الخطأ في هذا النوع من الالتزام يتحقق بعدم تحقيق النتيجة المتوخاة من العقد ولو بذل الملتزم كل جهده، أما في الالتزام ببذل عناية فإن عدم التنفيذ أو الخطأ يتمثل في عدم بذل الجهد أو عدم العناية والحيطة في القيام بالعمل المتفق عليه بالقدر الذي يقتضيه القانون ووفقا لظروف التعامل، فإذا بذل الملتزم الجهد الذي يجب عليه بذله في أداء العمل المطلوب لم يكن مخطئا ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة[2].

كما أن لهذا التمييز أهمية كذلك فيما يتعلق بقواعد إثبات الإخلال بتلك الالتزامات، فإثبات عدم تنفيذ الالتزام بنتيجة لا يحتاج إلى أكثر من إثبات عدم تحقق النتيجة التي يتوخاها المدين، أما إذا كان الالتزام ببذل عناية، فإن من يدّعي الإخلال بهذا الالتزام يكلف بإثبات ادعائه، أي إثبات التقصير من جانب الملتزم فيجب عليه تقديم الدليل على نقص ما بذله المدين من عناية في تنفيذ الالتزام عن درجة العناية الملتزم بها، ومن الواضح أن إثبات التقصير في الالتزام ببذل العناية أصعب من الإثبات في الالتزام بتحقيق نتيجة.

---

(1) عبد اللطيف مشبال - المسؤولية المدنية للابناك والاجتهاد القضائي المغربي - مجلة المحاكم المغربية - عدد 71 - 1994 ص7.

(2) إدريس العلوي العبدلاوي نظرية العقد م.س.ص.24.

وبالنسبة لعقد تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية، فبالنظر إلى أن وسيلة تقديم تلك الخدمات هي شبكة الإنترنت التي لا يملك البنك السيطرة الكاملة والقدرة على التحكم بها، فهناك عدة جهات تشرف عليها وهي تدار من طرف جهات غير البنك، بل أن أجهزة البنك يقوم أطراف من غير هذا الأخير بوضع البرامج التطبيقية لها والتحكم فيها في بعض الاحيان، فإنه كان طبيعيا أن يكون التزام البنك بتقديم الخدمات البنكية الإلكترونية التزاما ببذل عناية، وقد أكدت أغلب البنوك في عقود تقديمها لخدماتها البنكية إلكترونيا بشكل صريح على أن التزامها في هذا الصدد هو التزام ببذل عناية أو أنها ستبذل جهدها لتقديم الخدمات الإلكترونية لعملائها في أي وقت يطلبونه.[1]

(1) أما بالنسبة للعملية المطلوبة فإن التزام البنك فيها التزام بتحقيق نتيجة، ذلك أنه عندما يطلب العميل من البنك تحويل مبلغ معين من النقود فإن البنك ملزم بأن يقوم بتنفيذ هذا الأمر حالا مادام أنه توصل به ومادام أن حساب العميل سليم، ونحن نتحدث عن طبيعة التزام البنك بالنسبة لتقديم الخدمات عبر الانترنت وبالنسبة للمخاطر الناتجة عن انفتاح شبكة الانترنت.

المطلب الثاني
أساس مسؤولية البنك في المعاملات البنكية الإلكترونية

يعتبر العقد المبرم بين البنك والعميل في إطار المعاملات الالكترونية المحدد الأساسي لحقوق التزامات الأطراف، فإذا ما قصر أحد الأطراف بالالتزامات الملقاة على عاتقه ينشا للطرف الآخر حق بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء ذلك الإخلال.

إلا أن البنك كشخص يحترف الأعمال المالية بشكل يجعل العملاء يضعون ثقتهم الكاملة فيه، كان لابد من تحميله مسؤولية أشد من تلك التي يتحملها الشخص العادي، وفي هذا الإطار وللبحث عن أساس لمسؤولية البنك عن أعماله الإلكترونية توجد نظريتان: النظرية الشخصية للمسؤولية "الفقرة الأولى" والنظرية الموضوعية للمسؤولية "الفقرة الثانية".

الفقرة الأولى: النظرية الشخصية

تقوم هذه النظرية على أساس الخطأ الذي يرتكبه المدين والذي يعد إخلالا بالالتزام الذي يفرضه العقد، والخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين للالتزام الناشئ عن العقد، فإذا كان التزام المدين بتحقيق نتيجة، فإن تنفيذ هذا الالتزام لا يكون إلا بتحقيق تلك النتيجة، والخطأ العقدي يتمثل في عدم تحقق تلك النتيجة، أما إذا كان التزام المدين ببذل عناية كما هو الشأن في تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية، ينشأ الخطأ إذا لم يبذل المدين العناية الكافية.

وإذا كان بناء مسؤولية البنك على أساس الخطأ العقدي قد يسعف العميل

في بعض الحالات في حالة إخلال الأول بإحدى الالتزامات المتعاقد عليها، كأن يمكن هذا الأخير الغير من الاطلاع على حسابات العميل أو يؤخر تشغيل الأجهزة الإلكترونية[1]، فإنه في حالات أخرى لا يعطي للعميل إمكانية مساءلة البنك إذا ما كان الضرر غير ناتج عن إخلال تعاقدي مباشر، كأن يقع الضرر نتيجة عيب في النظام الإلكتروني، أو بفعل اختراق خارجي لموقع البنك، مما يثير الشك في قيام المسؤولية على هذا الأساس، بالإضافة إلى أن طبيعة التزام البنك ببذل العناية يمكنه دائما من دفع مسؤوليته بسهولة، بحجة أنه لم يرتكب أي خطأ ولم يصدر عنه أي إخلال وكان حسن النية ومستعدا لتنفيذ الالتزام، وأنه بذل كل ما في وسعه لتقديم الخدمات.

من هنا ذهب البعض[2] إلى تأسيس مسؤولية البنك عن أعماله الإلكترونية على أساس الخطأ المفترض، حيث يفترض وقوع خطأ من البنك كلما وقع ضرر للعميل، لكن هذا الرأي لم يأخذ بعين الاعتبار بأن التزام البنك التزام ببذل عناية مما يمكنه من التحلل من المسؤولية بسهولة بإثبات أنه بذل العناية التي يبذلها الرجل المعتاد، وبذلك فإن قدرة البنك على التخلص من المسؤولية تجعلنا نتساءل عن مدى إمكانية تأسيسها على أساس المسؤولية عن حراسة الشيء[3]؟

---

(1) نوري خاطر، مسؤولية المصرف الناشئة عن استخدام النظام الرقمي "الالكتروني" في العمليات المصرفية بين المسؤولية المدنية وفعل المباشرة والتسبب، دراسة مقارنة في القانونين المدني الفرنسي وقانون المعاملات المدنية الإماراتي ـ مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون ـ المجلد 4 م س ص 1803.

(2) حسام الدين الأهواني ـ حماية أنشطة البنوك من مخاطر استخدام الحسابات الإلكترونية ـ مؤتمر الجوانب القانونية الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي في المصارف ـ اتحاد المصارف العربية ـ بيروت ـ 1999 ص60.

(3) نشير إلى أن المشرع المغربي في المادة 88 من ق.ل.ع جعل مسؤولية حارس الشيء مبنية على الخطأ المفترض حيث نص على أن الحارس يجب عليه أن يثبت أنه فعل ما كان ضروريا لمنع الضرر. وهو بذلك مكلف بنفي =

إذ من المعروف في إطار القواعد العامة[1] أنه يمكن أن يسأل الشخص عن الأشياء التي في حراسته، ولا يمكنه دفع تلك المسؤولية إلا إذا أثبت أنه اتخذ جميع الاحتياطات الضرورية لمنع الضرر وأن الضرر وقع لسبب أجنبي، لكن هل يمكن تطبيق تلك القاعدة في إطار المسؤولية العقدية؟

يرى البعض[2] أن مسؤولية البنك عقدية حتى لو وقع الضرر من الوسائل المستخدمة في تنفيذ الالتزام العقدي باعتبار أن البنك أخل بالتزام عقدي لتنفيذه الالتزام تنفيذا معيبا، وعليه يسأل عن تعويض الضرر على أساس عقدي.

ويخالفه في ذلك البعض الأخر[3] حيث لايسأل المتعاقد على أساس عقدي إلا إذا أخل بإحدى الالتزامات المنصوص عليها في العقد، أما إذا وقع الإضرار بالمتعاقد بفعل الشيء المستخدم لتنفيذ العقد فيسأل على أساس المسؤولية غير العقدية.

من خلال استقراء الآراء السابقة، فإن المنطق القانوني السليم يقتضي السير

الخطأ من جانبه، مع وجود اتجاه في الفقه المغربي يجعل مسؤولية حارس الشيء في نطاق الفصل 88 من ق.ل.ع مسؤولية مفترضة تقوم بمجرد حصول الضرر الذي تسبب فيه الشيء الذي تحت حراسته ودون حاجة إلى إثبات خطأه ولا يمكن إعفاؤه من المسؤولية إلا بإثبات خطأ المضرور. انظر في شرح وتحليل الفصل 88 من ق.ل.ع:

- محمد الأمراني زنطار - شرح قانون التامين رقم 99 - 17 دراسة نظرية وتطبيقية - المطبعة والوراقة الوطنية - مراكش - الطبعة الاولى. 2005 ص 344 و345.

(1) نص الفصل 88 على أنه "كل شخص يسأل عن الضرر الحاصل عن الأشياء التي في حراسته إذا تبين ان هذه الأشياء هي السبب المباشر للضرر، وذلك ما لم يثبت:

- انه فعل ما كان ضروريا لمنع الضرر.
- وأن الضرر يرجع لحادث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ المتضرر".

(2) حازم نعيم الصمادي - المسؤولية المدنية عن الأضرار الناشئة عن استعمال الوسائل الإلكترونية في العمليات المصرفية رسالة لنيل الماجستير - جامعة ال البيت - كلية الحقوق - الأردن - 1999 - 2000 ص 93 اشار إليه نوري خاطر م.س.ص 1803.

(3) نوري خاطر م.س.ص 1802.

مع الرأي الأخير فيما ذهب إليه، على اعتبار أن الأشياء التي يستخدمها البنك في تنفيذ التزامه لا تدخل ضمن الالتزام ذاته، وأساس المساءلة في إطار المسؤولية العقدية هي الإخلال بالالتزام الناشئ عن العقد، ثم إذا ما نظرنا إلى طبيعة شبكة الإنترنت فإنه يظهر بوضوح أنها لا تدخل ضمن الحراسة الفعلية للبنك، لأن هذا الأخير لا يملك القدرة على التحكم بها بشكل كامل، وعليه فإنه لا يمكن توسيع الإخلال بالالتزام العقدي ليشمل عناصر لم يلتزم بها البنك بموجب العقد إلا إذا إفترضنا أن البنك ملتزم بأمن وسلامة[1] العميل من أضرار النظام الإلكتروني، ويقوم هذا الافتراض على أن البنك في إطار العمليات البنكية الإلكترونية يتحمل مخاطر العمل الإلكتروني اعتمادا على حسن النية في تنفيذ العقد[2] ولكن هذا الافتراض نظري لا يقوم على أساس قانوني، حيث إن حسن النية في تنفيذ العقد لا يمكن أن يؤدي إلى استحداث التزامات جديدة في ذمة المتعاقد.

بناء على كل ما سبق يتضح أن النظرية الشخصية التي تقوم على الخطأ لا تؤدي إلى نتيجة يمكن اعتبارها عادلة نوعا ما، فالخطأ واجب الإثبات يحمل العميل مسؤولية إثبات أن البنك لم يتخذ العناية اللازمة، والخطأ المفترض يمكن البنك من نفي الخطأ من جانبه بإثبات أنه لم يحد عن سلوك الرجل المعتاد.

---

(1) الالتزام بالسلامة هو التزام يحرص فيه المدين على تنفيذ العقد دون ان يلحق ضررا بالدائن وقد نشا هذا الالتزام بمناسبة عقد النقل غير أنه تم الاعتراف فيه في بعض العقود الأخرى مثل عقد البيع لضمان سلامة المبيع ضد الأضرار التي يسببها للمشتري أو للغير.انظر في نشأة وتطور الالتزام بالسلامة:

- عادل علي المقدادي - مسؤولية الناقل البري في نقل الأشخاص - دار الثقافة - عمان 2000 - ص 151 وما بعدها.

mascada– accidente de gare –la déraillement de l'obligation de sécurité D.1999. P80.

(2) محمد حسين منصور - المسؤولية الإلكترونية الدار الجامعية الحديثة - الإسكندرية - 2006 - ص113.

الفقرة الثانية: النظرية الموضوعية

ظهرت هذه النظرية نتيجة للتطورات العلمية الحديثة ودخول الآلة الميكانيكية في كثير من المجالات العملية وفي الوقت الذي أصبحت فيه النظرية التي تقوم على الخطأ عاجزة عن تقديم الأساس الذي يمكن بواسطته جبر الأضرار[1].

وتقوم هذه النظرية على مبدأ أساسي وهو نقل عبء الإثبات من المضرور إلى الفاعل ومساءلة هذا الأخير دائما ما لم يثبت السبب الأجنبي[2]، وتقيم المسؤولية على أساس الضرر بحيث يفترض أن الفاعل هو المسؤول ما لم يثبت السبب الأجنبي.

ولعل أهم الأسباب التي أدت إلى الأخذ بهذه النظرية في المجال البنكي هي اقتراب النشاط البنكي من فكرة المرفق العام، الشيء الذي يدفع إلى تعزيز التزامه بالحذر والعناية دون أن نأخذ بالمعنى التقني للعبارة "المرفق العام"[3]، وما يترتب عليه من الإحالة إلى القانون العام، بل جعل الخطأ البنكي

(1) يعتبرالفقيهان سالي وجوسران من اوائل من وضعوا اللمسات الأولى في هذه النظرية، انظر في تاصيل وتحليل هذه النظرية:

عاطف النقيب - النظرية العامة للمسؤوليه عن فعل الأشياء في مبادئها القانونية وأوجهها العملية - منشورات عويدات بيروت - باريس - 1988 - ص387 وما بعدها.

يحيى أحمد المواقي - المسؤولية عن الأشياء في ضوء الفقه والقضاء - دراسة مقارنة - منشأة المعارف - الاسكندرية بدون سنة نشر - ص225 وما بعدها.

(2) إن مفهوم السبب الأجنبي في هذه النظرية ينحصر في القوة القاهرة وفعل المضرور.

(3) صقيلي محمد - م س ص398.

بمثابة إخلال بالعمل المهني الذي لا يمكن أن يعذر عنه الشخص المتخصص في ميدان عمله، وبذلك فإن البنك باعتباره مؤسسة محترفة تربح من وراء نشاطها البنكي فإنه يجب مساءلتها بشكل أشد مما يسأل به الشخص العادي، كما أن من يمارس نشاطا يجني من ورائه ربحا يجب عليه أن يتحمل نتائج هذا النشاط سواء أكانت النتائج إيجابية أم سلبية تطبيقا لقاعدة الغرم بالغنم وهو أساس المسؤولية الموضوعية.

فوفقاً للقواعد العامة للمسؤولية الناتجة عن الخطأ فإنه يتوجب على المضرور إقامة الدليل على وقوع الخطأ من الفاعل المفترض حتى يمكنه بذلك نيل التعويض، وأن يثبت أن هذا الخطأ هو الذي أدى إلى حصول الضرر، ولا شك أن إثبات الخطأ المؤدي إلى الضرر أمر صعب إن لم يكن مستحيلا مما يصعب على المتضرر الحصول على تعويض، وهذا ما يتنافى مع مبادئ العدالة الاجتماعية، ولهذا فقد تم اعتبار الضرر على أنه خلل يصيب التنظيم الاجتماعي الذي ينبغي المحافظة عليه بإزالة الضرر عن طريق جبره[1].

وفي هذا الإطار حاول البعض[2] إقامة مسؤولية البنك على أساس مسؤولية

(1) كما أن العصر الحالي يتسم بانجذاب كبير وميل واضح إلى أفكار السلامة والضمان أكثر منه إلى فكرة الخطأ حيث أصبحت جميع الأنظار تتجه إلى المضرور رغبة منها في تأمين حصوله على تعويض عما لحقه من ضرر بصرف النظر عن خطأ المسؤول.

محمد نصر رفاعي - الضرر كأساس للمسؤولية المدنية - دار النهضة العربية - القاهرة - بدون تاريخ نشر ص372.

أيمن إبراهيم العشماوي - تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية - دار النهضة العربية القاهرة - 1998 - ص295.

(2) نوري خاطر م.س.ص 1811 وما بعدها.

حارس الشيء بإعتبار أن الضرر الذي يقع من الشيء واحد سواء داخل إطار المسؤولية العقدية أو التقصيرية، وبهذه الطريقة يمكن التوسيع من فكرة الخطأ لتشمل الخطأ الموضوعي لتحميل الفاعل المسؤولية عن الأضرار، وضمان عدم إعطائه إمكانية التهرب من الأضرار التي يمكن له التهرب منها في ظل المفهوم الشخصي للخطأ.

أما في التشريع المغربي فإذا ما اتفقنا مع الرأي الذي يعتبر المسؤولية في إطار الفصل 88 من قانون الالتزامات والعقود مسؤولية مفترضة تقوم على الضرر[1]، فإننا لا نعتقد أنه يمكن تأسيس مسؤولية البنك على هذا الأساس لعدة اعتبارات، فمن جهة أولى لا يمكن اعتبار البنك حارسا للإنترنت وتلك المسؤولية تشترط أن يكون المسؤول عن الأشياء المسببة للضرر يملك السيطرة التامة عليها، ومن جهة ثانية فإن التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية أصبح أمرا متجاوزا، لذلك لا يمكن مساءلة البنك إلا على أساس الإخلال بالتزام عقدي وهو بذل العناية الكافية لتقديم الخدمات ومنع المخاطر.

إلا انه إذا ما ارتبطنا بفكرة الالتزام العقدي بشكل كبير أي بالمعنى الحرفي للكلمة، فإن ذلك يمكّن البنك من التحلل من المسؤولية كلما كان الضرر ناتجا عن فعل خارجي مثل القراصنة (hackers)، لهذا رأى البعض[2] أن تلك المشاكل لا يمكن تجاوزها إلا بتبني فكرة تحمل التبعة أو المخاطر على أساس الغرم بالغنم.

(1) راجع هامش رقم 3 في الصفحة 90.

(2) حازم نعيم الصمادي م.س. ص 103 اشار إليه نوري خاطرم.س.ص 1810.

لكن تلك النظرية كذلك وجه لها العديد من الانتقادات مما يشكك في مدى انطباقها على حالة البنك المقدم للخدمات الإلكترونية، حيث إن تلك النظرية كما يرى البعض[1] لاصلة لها بالمسؤولية العقدية، إذ إن موضوعها ليس معالجة الأضرار في إطار المسؤولية أي في إطار البحث عن المسؤول بل هدفها معالجة الأضرار التي تحدث قضاء وقدرا، والبحث عن الشخص الأقدر على دفع التعويض.

ونحن من جهتنا نرى أن الأخذ بشكل مطلق بتلك النظرية قد يؤدي إلى إثراء العميل على حساب البنك فبعض الأضرار التي تحدث للعميل أثناء إستخدامه شبكة الإنترنت قد تكون نتيجة لخطئه، كما في حالة عدم اتباعه للتعليمات الصحيحة التي يقوم البنك بتزويده بها أو نتيجة تسرب كملة السر بفعل خطئه، بالإضافة إلى ذلك فإن البحث هنا عن طريقه لتعويض العميل المتضرر بشرط أن لا تكون على حساب البنك إذا ما تبين عدم إخلاله بأي التزام وبذل العناية الكافية، ولذلك فإننا قبل ذلك نبحث عن المسؤول وعن مناط تحمل تلك المسؤولية.

من ثم يتضح أن النظرية الموضوعية كذلك لا تؤدي إلى النتائج المطلوبة في بعض الأحيان، لذلك تقوم البنوك تجنبا للدخول تحت طائلة المسؤولية الناتجة عن نظرية تحمل التبعة بإدراج شرط في العقد تحمل بموجبه العميل مسؤولية أي استعمال لكلمة السر، وتقيم قرينة مفادها أن أي استعمال لتلك الكلمة يعتبر

(1) نوري خاطر م.س. ص 1825 وما بعدها.

صادرا عن العميل، حتى تستطيع توفير وسيلة تحمل بواسطتها العميل تبعات استخدام كلمة السر، ولنقل المسؤولية المترتبة عليها من دائرة المسؤولية الناتجة عن تحمل التبعة - إذا ما تم الاعتماد عليها - إلى دائرة المسؤولية التعاقدية، على أساس أنها تقوم على الخطأ، وعلى اعتبار أنه كلما وجد العقد فإنه يكون المحدد لحقوق والتزامات الأطراف[1]، مع أنه في الكثير من الأحيان يتم الحصول على تلك الكلمة بالسطو على موقع البنك نفسه دون أن يكون للعميل أي تدخل إيجابي أو سلبي.

---

(1) بالنسبة للقضاء المقارن نجد أن بعض المحاكم تبنت بالفعل نظرية تحمل التبعة، حيث اعتبرت محكمة تمييز دبي" أن ذمة البنك لا تبرأ من الوفاء بشيك مزور أيا كانت درجة إتقان هذا التزوير وتعتبر تبعة هذا الوفاء من مخاطر المهنة التي يمارسها البنك وهي مخاطر مهما بلغت أعباؤها فلا تتناسب مع المزايا التي تعود على البنك في تدعيم الثقة وبث روح الاطمئنان لدى جمهور المتعاملين".

تمييز دبي قرار 1995/212 جلسة 17 ديسمبر 1995 أورده جاسم الشامسي - تطبيقات المسؤولية المدنية المصرفية في قضاء المحكمة الاتحادية العليا ومحكمة تمييز دبي - مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون المجلد 4 م.س.ص 1787.

إلا أن المحكمة الاتحادية العليا في الإمارات رغم ذلك رفضت الأخذ بتلك النظرية في حالة وجود رابطة عقدية تجمع بين الطرفين إذ جاء في قرار لهذه الأخيرة " ولئن كانت المصارف تتحمل تبعة ما يصيب عملائها من أضرار بمناسبة ماتقوم به لحساباتهم من خدمات مصرفية دون حاجة لإثبات خطئها، ما لم تثبت خطأ العميل أو إهماله، إن مسؤولية البنك قبل عميله عند تنفيذ هذه الخدمات تحكمها نصوص العقد المبرم بينهما والذي ينظم كيفية تنفيذها وحدودها والتزامات كل من الطرفين ثم تكون المسؤولية عقدية".

طعن رقم 19/167 جلسة 25 ابريل 1995 أورده نوري خاطر - م.س.ص 1825.

أما بالنسبة للقضاء المغربي فما يمكن استنتاجه من بعض قرارات المجلس الأعلى انه يذهب في إطار توسيع إلتزامات البنك، فهكذا جاء في قرار له "...انه غني عن البيان أن البنك المستأنف لا يعتبر وديعا عاديا بل هو مؤسسة مؤطرة بقوانين معينة تسعى لضمان حقوق المودعين، ولذلك يظهر أمام العموم بصفة الحريص والحافظ الأمين على ودائعهم الأمر الذي يجب مسائلته بقوة أكثر من الوديع العادي".

قرار رقم 1164 تاريخ 26 ماي 1987 ملف تجاري عدد 86/1216 أورده رشيد مشقاقة - مسؤولية البنك عن ضياع الشيك بين أحكام الوديعة والمقتضيات الخاصة - الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي م.س. ص409.

ويبقى التساؤل مطروحا حول أساس مسؤولية البنك عن أعماله الإلكترونية عبر الإنترنت؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل ستكون رهينة ببحث عنصر الخطأ وتحديد مفهومه كركن من أركان المسؤولية العقدية.

المبحث الثاني
أركان المسؤولية والإعفاء منها

يقتضي بحثنا في هذه النقطة بيان المقصود بالخطأ في ظل المعاملات البنكية الإلكترونية وتحديد المعيار المستخدم لمعرفة متى يكون البنك مخطئا، الأمر الذي سيؤدي بنا إلى معرفة الأساس القانوني الذي تقوم عليه مسؤولية البنك عن أعماله الإلكترونية، فيما إذا كان من الممكن الاستناد إلى النصوص القانونية أو النظريات الفقهية بما يتلاءم مع طبيعة شبكة الإنترنت وطبيعة الأخطار التي يمكن أن تنتج عنها، كما سنقوم بدراسة الحالات التي يعفى فيها البنك من المسؤولية المترتبة عليه.

بالتالي فإننا سنقوم بدراسة أركان المسؤولية في المطلب الأول أما في المطلب الثاني فإننا سنقوم بدراسة أهم الأسباب المعفية للبنك من المسؤولية الملقاة عليه.

المطلب الأول
أركان المسؤولية

تقوم المسؤولية العقدية على غرار المسؤولية التقصيرية على ثلاثة أركان: الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وسنقوم ببحث كل ركن من هذه الأركان وبيان ماهيتها في ظل الخدمات البنكية الإلكترونية، وذلك من خلال تخصيص الفقرة الأولى لركن الخطأ للأهمية التي يكتسيها هذا الركن وحتى نوضحه بالشكل الكافي، كما سنخصص الفقرة الثانية لركني الضرر وعلاقة السببية.

الفقرة الأولى: الخطأ

لم يعرف المشرع المغربي الخطأ في إطار المسؤولية العقدية[1] واقتصر في ذلك على وضع القواعد العامة لتلك المسؤولية في مجموعة من النصوص المتفرقة، وبذلك تبقى مهمة وضع التعريفات اختصاصا أصيلا للفقه والقضاء بناء على ما يمكن استخلاصه من القواعد التي وضعها المشرع.

وقد عرف بعض الفقه[2] الخطأ العقدي بأنه عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عن العقد، فالمدين الذي التزم بالعقد يجب عليه تنفيذ التزامه، فلا

---

(1) على عكس ما فعل بالنسبة للمسؤولية التقصيرية حيث نص الفصل 78 من ق.ل.ع على انه "..... والخطأ هو ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث ضرر".

(2) عبد الرزاق السنهوري م.س. ص735.

حسين عامر وعبد الرحيم عامر ـ المسؤولية المدنية ـ التقصيرية والعقدية ـ دار المعارف ـ القاهرة ـ الطبعة الثانية 1979 ص 289.

يوجد خطأ عقدي إلا إذا كان الالتزام الذي وقع الإخلال به متفق عليه بين الأطراف في العقد، مع أنه كان بإمكانهم عدم تضمين هذا الإلتزام فيه.

بالتالي فإن الخطأ في الميدان العقدي لا ينشئ إلتزاما جديدا إنما هو أثر لإلتزام قائم والمسؤولية العقدية الناتجة عن الخطأ لا تعدو أن تكون إلا تنفيذا بمقابل للالتزام الثابت في العقد، على عكس المسؤولية التقصيرية التي تتضمن التزاما قائما بذاته، فالعمل غير المشروع لا يتضمن إخلالا بالتزام سابق، إنما هو إخلال بواجب عام مفروض على الكافة ولا تظهر في الواجب العام فكرة العلاقة بين شخصين[1]، إلا أنه إذا كانت العبرة في الخطأ أن يكون نتيجة للإخلال بإحدى الالتزامات التي ينص عليها العقد المبرم بين الأطراف، يثار التساؤل حول ما إذا كانت تلك القاعدة قابلة للتطبيق في جميع أنواع العقود أم لا؟

الإجابة حتما ستكون بالنفي إذا ما نظرنا إلى الاتجاه التشريعي الحديث الذي يهتم بوضع قواعد آمرة لحماية الطرف الضعيف في العلاقة القانونية وبالخصوص في نطاق عقد الإذعان والعقود الأخرى المشابهة.

من هذا المنطلق فإن البنك لا يلتزم بما هو محدد في العقد فقط بل كذلك يجب عليه الامتثال للأوامر والنواهي التي يفرضها القانون على البنك، ومنها التعليمات التي تكون صادرة عن الجهات المراقبة للعمل البنكي الإلكتروني والتي تهدف إلى تحسين العمل الإلكتروني للبنوك وحماية العملاء من أخطاره[2].

---

(1) عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشوارب ـ المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ـ الطبعة السادسة بدون ناشر ومكان نشر 1997 ـ 390.

وقد ميز البعض بين الخطأ الايجابي الذي يقوم فيه المخطئ بعمل مخالف للقانون والأعراف والخطأ السلبي عندما يترك المخطئ ما كان يجب فعله، وهذا النوع الأخير أوسع من النوع الأول عمليا.

عبد العزيز توفيق ـ المسؤولية المدنية ـ الجزء الأول ـ مجلة المحاكم المغربية ـ عدد 18 سنة 1978 ص7.

(2) وقد نصت تعمليات البنك المركزي الأردني لمارسة البنوك لأعمالها بوسائل إلكترونية انه يجب عن البنوك الراغبة في ممارسة أعمالها بوسائل إلكترونية مراعاة ما يلي:

=

لكن إذا رجعنا لفكرة الالتزام بعناية فإن ماهية الخطأ تتحد في عدم بذل العناية التي يلتزم البنك ببذلها، فما هو مقدار العناية التي يجب على البنك بذلها حتى لايعتبر مخطئا؟

يرى بعض الفقه[1] أنه في إطار الالتزام ببذل عناية يلتزم المدين ببذل عناية رب الأسرة المعتاد والمقصود برب الأسرة المعتاد هو الرجل النموذجي المجرد من أي ظروف شخصية، وهو ليس بخارق الذكاء وشديد الفطنة وليس كذلك خامل الهمة ويعد وسطا بين المراتب، فهو مجرد شخص ظني أو خيالي يفترض وجوده في نفس الظروف الخارجية التي يتواجد فيها المدين لتقرير السلوك الذي كان يجب أن يسلكه هذا الأخير، والمعيار المعتمد بذلك معيار موضوعي لا شخصي.

وفقا لذلك فإنه يجب على العميل الذي يدعي عدم بذل البنك العناية

=

- دراسة وتقيم وتحديد كل من الأعمال المنوي ممارستها بوسائل إلكترونية والأنظمة التطبيقية وأنظمة الحماية اللازمة وتكاليفها والمخاطر ووسائل الوقاية منها ومراحل وآليات التنفيذ.
- الالتزام بالتشريعات المرعية والتقيد بالأعراف المصرفية والإجراءات الاحترازية اللازمة.
- توفير كادر فني مؤهل لتولي تنفيذ وإدارة تلك العمليات.
- وضع التعليمات والمعايير والإجراءات اللازمة لتنظيم الأعمال المنفذة وإجراءات الأمن والحماية المطلوبة وتطبيقها ومتابعة تطويرها.
- استيفاء المتطلبات الفنية اللازمة لتنفيذ هذه الأعمال مثل تسجيل الموقع الإلكتروني، المصادقة الإلكترونية، التوثيق، التشفير وغيرها.
- مراجعة الأنظمة والمعدات والشبكات وأساليب الحماية والإجراءات المتبعة في تنفيذ العمليات بشكل دوري ضمن سياسة واضحة للتأكد من سلامتها وتحسين ادائها وتحديثها باستمرار من خلال كادر فني مؤهل.
- تطوير خطط للطوارئ والتعافي توضح كافة الإجراءات والبدائل الممكنة بشكل دوري.

(1) عبد الرزاق السنهوري م.س.ص 884.

حسين عامر وعبد الرحيم عامر م.س.ص 146.

إبراهيم دسوقي أبو الليل - المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق - دار النهضة العربية - القاهرة - دون تاريخ نشر ص.66.

الكافية أن يثبت ادعاءه بإثبات إهمال البنك، والإهمال واقعة مادية يمكن إثباتها بجميع وسائل الإثبات فإذا ما أثبت العميل واقعة تدل على الإهمال لا دلالة قاطعة وإنما مجرد دلالة كافية لترجيح وقوعه، تقوم قرينة على عدم تنفيذ الإلتزام مما ينقل عبء الإثبات إلى البنك الذي يجب عليه نفي الخطأ عن نفسه[1].

لكن تطبيق هذا المعيار على البنك المقدم للخدمات الإلكترونية يجب أن يكون آخذا بعين الاعتبار خصائص شبكة الانترنت، فهذه الأخيرة شبكة عالمية مفتوحة[2] والأضرار التي يمكن أن تحدث للعميل قد تكون نتيجة فعل يخرج عن نطاق الدولة التي يتواجد بها البنك والعميل[3]، كما أنه لا يجب ان يغيب عن الذهن كذلك الهوة التكنولوجية التي تتسع باستمرار بين الدول الغنية والدول التي هي في طور النمو كالمغرب[4]، ومن جهة أخرى فإن البنك كشخص معنوي يحترف الأعمال البنكية الإلكترونية، يكون على علم ودراية أكثر من غيره بالأخطار المحيطة بالعمل المالي على شبكة مفتوحة عالميا كشبكة الإنترنت.

---

(1) عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي م.س.ص 399.

(2) انظر في ذلك:

جاسم الشامسي - المسؤولية المدنية الناتجة عن التجارة الإلكترونية - مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت - المجلد 3 - م.س.ص 1131 وما بعدها.

(3) انظر في صور للأخطاء التي يمكن أن تقع في التعاملات البنكية الإلكترونية:

فياض القضاة - مسؤولية البنوك الناتجة عن إستخدام الكمبيوتر كوسيلة وفاء - مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت - م.س.ص 964 وما بعدها.

(4) الشيء الذي ينتج عنه أن تكون تقنيات الحماية المستخدمة في البنوك تختلف باختلاف التطور التكنولوجي في الدول، لهذا فإن التطبيق معيار الرجل المعتاد على البنوك المتعاملة على الإنترنت يستلزم أن يختلف هذا المعيار من دولة لأخرى.

لهذا فإننا نعتقد أن معيار الرجل المعتاد المشار إليه سابقا بالإضافة إلى كونه يصعّب من مهمة العميل في إثبات أن البنك قد حاد عن السلوك القويم وأنه أخطأ في ذلك، فإنه يجب حتى يمكن الأخذ به أن يتم تكييفه بشكل يتوافق مع طبيعة المركز الذي يمثله البنك، وأن يتم هذا التكييف حسب ما اقتضته الأعراف البنكية الدولية لتقديم الخدمات الإلكترونية، فحسب معيار الرجل المعتاد حتى لو اعتبرنا أن إثبات إهمال البنك وتقصيره يمكن أن يتم بمجرد إثبات أي واقعة تدل على هذا التقصير أو الإهمال بمجرد دلالة ظنية تسمح بترجيح الإهمال أو التقصير، يمكن دائما للبنك في إطار الالتزام بعناية، التحلل من المسؤولية عن طريق إثبات أنه اتخذ العناية اللازمة.

لكل الاعتبارات التي سقناها سالفا، فإنه يمكن تحميل البنك المسؤولية عن أعماله الإلكترونية عملا بنظرية الخطأ المفترض، أي أن مجرد وقوع الضرر للعميل يجعل البنك مخطئا، على أن نتوسع في مفهوم الالتزام بعناية[1] ليصبح البنك ملزما ببذل العناية التي يبذلها البنك المحترف أخذا بذلك بما توصل إليه العلم من تقنيات ووسائل الحماية، لكي لا يستطيع البنك بالتالي التحلل من المسؤولية، إلا إذا أثبت أن الضرر وقع للعميل نتيجة فعل لم يكن بالإمكان تفاديه في ظل ما هو متوفر حاليا من الوسائل التكنولوجية.

والعمل بفكرة الخطأ المفترض على هذا الشكل تعفي العميل من ضرورة إثبات أن البنك لم يبذل العناية التي يلتزم بها، بافتراض أن البنك قد أهمل

(1) وفي نفس الإطار يرى البعض أن بعض الأعمال البنكية تقتضي من القاضي إعادة تكييف معيار عناية الرجل المعتاد:

محمد صبري - الائتمان البنكي - مسؤولية البنك المدنية عن تجاوز أذون الاعتماد - المطبعة والوراقة الوطنية - مراكش طبعة الأولى - 2001 - ص 184.

وقصّر في الأخذ بوسائل الحماية والتقنيات الحديثة التي تسمح بإجراء العمليات البنكية الإلكترونية بشكل آمن، كما أنها تأخذ بعين الاعتبار مصلحة البنك الذي يمكنه أن يثبت عدم تقصيره بأن الضرر وقع للعميل نتيجة لفعل لم يكن بالإمكان تفاديه في ظل ما هو موجود فعلا من وسائل تقنية، أو أنه كان نتيجة لخطأ العميل الذي قصر في تنفيذ الالتزامات الملقاة على كاهله[1].

الفقرة الثانية: الضرر وعلاقة السببية

لا تقوم المسؤولية العقدية كما قلنا سابقا إلا بتوفر أركانها، وبعد أن تطرقنا الى ركن الخطأ في إطار التعاملات والبنكية الإلكترونية، سنقوم في هذه الفقرة بدراسة ركني الضرر"أولا" وعلاقة السببية "ثانيا".

أولاً: الضرر

يعتبر ركن الضرر من أهم أركان المسؤولية بشكل عام، إذا تعتمد هذه الأخيرة في قيامها عليه فإذا ما وقع الضرر وجب البحث عن الأركان الأخرى، كما يعتبر الضرر مناط استحقاق التعويض في المسؤولية المدنية إذ لا تعويض بغير ضرر[2]، وقد نص المشرع على هذا الركن في إطار المسؤولية العقدية في المادة

---

(1) وبذلك تبقى البنوك على اطلاع مستمر على آخر ما توصلت إليه التكنولوجيا المستخدمة في المجال البنكي وذلك لا يلقي على كاهل البنك التزامات غير قادر على تحملها، لأنه الطرف المتفوق اقتصاديا وتكنولوجيا الشيء الذي يسمح له بذلك.

(2) وقد أكد المجلس الأعلى ذلك في قرار له جاء فيه " إذا كان الفصل 263 من ظهير الإلتزامات والعقود يعترف بمبدأ حق الدائن في التعويض في حالة عدم وفاء المدين بالإلتزام أو تاخره بالوفاء، إلا أن الفصل 264 من الظهير نفسه يجعل هذا التعويض مقابلا للخسارة التي لحقت الدائن والكسب الذي فاته، وعليه لا مجال للحكم بالتعويض إذا قررت محكمة الموضوع بكامل سلطتها أن الدائن لم يصب بأي ضرر".

=

264 من قانون الالتزامات والعقود[1]، فطبقا لهذه المادة يشتمل الضرر على عنصرين: ما أصاب الدائن من خسارة وما فاته من كسب، فإذا ما وقع أحدهما أو كلاهما يستحق المضرور التعويض[2].

والضرر ينقسم إلى نوعين: مباشر وغير مباشر، فالضرر المباشر هو الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، ويعتبر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة المدين أن يمنع وقوعه[3]، والضرر المباشر ينقسم إلى ضرر متوقع وضرر غير متوقع، والمدين في إطار المسؤولية العقدية لا يسأل إلا عن الضرر المباشر المتوقع، أما الضرر المباشر غير المتوقع فلا يثير مسؤوليته[4].

=

قرار رقم 104 بتاريخ 12 سبتمبر 1963 أورده عبد العزيز توفيق ـ التعليق على قانون الإلتزامات والعقود بقضاء المجلس الأعلى ومحاكم النقض العربية لغاية 1998 ـ الجزء الأول ـ الالتزامات ـ مطبعة النجاح الجديدة ـ الدار البيضاء ـ الطبعة الأولى 1999 ـ ص228.

(1) بنص الفصل 264 من ق.ل.ع. على أنه " الضرر هو ما لحق الدائن من خسارة حقيقية وما فاته من كسب متى كانا ناتجين مباشرة عن عدم الوفاء بالإلتزام....".

(2) انظر في شرح وتحليل تلك العناصر:

سعيد الدغيمر ـ تنفيذ الإلتزام بمقابل أو بطريق التعويض قضائيا في التشريع المدني المغربي ـ أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص ـ كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ـ جامعة محمد الخامس ـ الرباط ـ السنة الجامعية 1981 ـ 1982 ص 276 وما بعدها.

(3) إدريس العلوي العبدلاوي ـ نظرية العقد ـ م.س.ص 647.

(4) وذلك على خلاف ما هو مقرر بالنسبة للمسؤولية التقصيرية حيث يتم التعويض عن الضرر المباشر وغير المباشر حسب ما جاء في الفصل 98 من ق.ل.ع.

وفي هذا الصدد يرى الأستاذ محمد الكشبور أنه "ليس من الصواب في شيء أن تكون وضعية المستفيد من أحكام المسؤولية التقصيرية أحسن حالا من وضعية الزبون المستفيد من أحكام المسؤولية العقدية خاصة وأن هذا الأخير يؤدي مقابل نظير الخدمة المسدية له".

بينما يرى الأستاذ سعيد الدغيمر أنه "من الظلم أن نعامل مديناً تعاقدياً وقد تقاعس عن الوفاء بالتزام بكيفية أخف من مرتكب الخطأ التقصيري الذي لا يكون إلا أداة اختارها القدر لإحداث الضرر، فنجعل التزام الأول بالتعويض مقتصرا على الضرر المباشر بينما نجعل الثاني يعوض كافة الأضرار سواء منها المباشرة وغير المباشرة".

=

ومعيار توقع الضرر أو عدم توقعه معيار موضوعي مجرد أساسه تقدير الرجل المعتاد في نفس الظروف، لكن بالنسبة لتقديم الخدمات البنكية الالكترونية التي تتم من خلال شبكة عالمية مفتوحة لا يستطيع البنك التحكم بها أو السيطرة عليها، وفي ظل الوسائل المتطورة التي تمكّن من اختراق البنك على الشبكة وسرقة أموال العملاء، فإن المنطق السليم يقتضي أن يكون متوقعا من الكافة احتمال دخول الغير للعبث بمحتويات موقع البنك وسرقة أموال العملاء والسطو على كلمات السر الخاصة بهم إلا في حالتي القوة القاهرة وفعل العميل نفسه.

كما أن الضرر قد يكون واقعا، والضرر الواقع هو الذي يكون حالا، إلا انه لا يشترط دائما أن يكون الضرر حالا بل يمكن أن يكون محتملا، ويشترط في هذا الأخير أن يكون محقق الوقوع.

ويثار التساؤل بخصوص تفويت الفرصة بالنسبة لمناط استحقاق التعويض فيها، فهل يتم التعويض فيها عن تفويت الفرصة أم عن مدى احتمال تحقق تلك الفرصة؟

في البداية نشير إلى أنه يقصد بتفويت الفرصة في إطار بحثنا هذا الحالة التي يفوت فيها البنك على عميله كسبا كان يأمله أو خسارة كان يأمل تفاديها، وذلك بسبب عدم تنفيذ أمر أصدره العميل، أو الخطأ في ذلك التنفيذ أو لأي سبب آخر دون أن يكون هذا السبب مرتبطا بخطأ العميل نفسه أو بقوة قاهرة.

= محمد الكشبور - المهن القانونية الحرة - انطباعات حول المسؤولية والتأمين - المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية - عدد 25 سنة 1991 ص 144 وما بعدها.

سعيد الدغيمر - م.س.ص 282.

وفي صدد الإجابة عن التساؤل السابق يذهب بعض الفقه[1] إلى أن تفويت الفرصة بحد ذاتها هو الذي يشكل الضرر الموجب للتعويض، فالعبرة والأساس في ذلك هو تفويت تلك الفرصة وليس بالضرر الذي يتمثل في عدم تحقيق الكسب المحتمل أو تفادي الخسارة، بينما يذهب البعض الآخر[2] إلى أن تعويض الضرر في تفويت الفرصة لا يكون له محل إلا إذا توفرت من الظروف ما يكسبها طابعا جديا تجعل تحقيقها أمرا أكثر احتمالا من عدم تحقيقها، بالتالي فإن القاضي عندما يحكم بالتعويض عن تفويت الفرصة يجب عليه أن يأخذ بعين الاعتبار مدى احتمال نجاح الدائن في الفرصة التي فاتته، ونحن بدورنا نؤيد الاتجاه الثاني على اعتبار أن التعويض عن تفويت الفرصة يجب أن يأخذ بعين الاعتبار مدى احتمال تحقيق تلك الفرصة التي تختلف من حالة لأخرى.

وفي الختام نشير إلى أن التعويض في إطار المسؤولية العقدية كما يكون عن الضرر المادي يكون كذلك عن الضرر المعنوي، ولعل أهم مثال للضرر المعنوي فيما يتعلق بالعمليات البنكية الإلكترونية تلك التي يمكن أن تقع للبنك وتؤدي إلى الإضرار بسمعته وبالتالي إعراض جمهور المتعاملين عن التعامل معه.

ثانياً: علاقة السببية

حتى يمكن مساءلة البنك عن الأضرار التي تلحق بالعميل لا بد من توفر

(1) إبراهيم دسوقي أبو الليل ـ التعويض عن الضرر في المسؤولية المدنية ـ مطبوعات جامعة الكويت ـ 1995 ـ ص325.

(2) عاطف النقيب ـ النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي ـ منشورات عويدات ـ بيروت ـ باريس ـ 1983 ـ ص290.

سعيد الدغيمر ـ م.س.ص 143 ـ 144.

علاقة السببية بين الخطأ والضرر، ويقصد بعلاقة السببية كأحد عناصر المسؤولية أن يرتبط الخطأ بالضرر ارتباط السبب بالمسبب، فلا تقوم المسؤولية دون توفر هذا الركن[1]، إلا أنه إذا ما حدث وكان الضرر ناتجا عن مجموعة من العوامل، يطرح التساؤل حول ماهية العوامل المعتد بها والتي تعتبر سببا للضرر؟

انقسمت آراء الفقه للإجابة عن هذا التساؤل إلى عدة اتجاهات يمكن حصرها في ثلاث نظريات:

أ- **نظرية تعادل الأسباب**[2]: يرى أصحاب هذه النظرية أن الضرر يحدث نتيجة لمجموعة من الأسباب التي بدونها ما كان ليحدث، فهو ليس نتيجة لسبب واحد وإنما لمجموعة من الأسباب، فإذا ما ألغينا أحدها فإن الضرر لا يقع، وحسب هذه النظرية لا يمكن التفريق بين الأسباب بحسب أهميتها في إحداث الضرر بل إن جميع الأسباب متعادلة وبالتالي فإذا اختفى أحد هذه الأسباب لا يقع الضرر لأن كل سبب أمر ضروري لحدوث الضرر[3].

---

(1) وقد عرف البعض علاقة السببية بأنها العلاقة المباشرة التي تقوم بين خطأ الشخص والضرر الحاصل للشخص الآخر نتيجة لذلك الخطأ.

عبد العزيز توفيق - المسؤولية المدنية - الجزء الثاني - علاقة السببية - مجلة المحاكم المغربية - عدد19 سنة 1977 ص31.

(2) يعتبر ستيوارت ميل أول من وضع اللبنات الأولى في صرح هذه النظرية ثم جاء من بعده فون فيوري وسار على نفس النهج الذي سار عليه سابقه بأن السبب ما هو إلا مجموع القوى التي ساهمت في إحداث الضرر. راجع في هذه النقطة:

عبد الرشيد مأمون - علاقة السببية في المسؤولية المدنية - دار النهضة العربية - القاهرة - بدون تاريخ نشر - ص9 وما بعدها.

(3) عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي. م. س.ص188.

إلا أنه إذا كانت تلك النظرية تمتاز بتسهيل مهمة الإثبات بالنسبة للمضرور لأن كل الأسباب التي ساهمت في إحداث الضرر يجب الاعتراف بها، كما أنها تساعد في التزام أكبر قدر من الحرص ومن ثم تقلل من وقوع الأضرار لأن كل شخص يعلم بأن أي مساهمة منه في إحداث الضرر تستوجب مسؤوليته[1]، فيعاب عليها كونها توسع من نطاق السببية إلى درجة عدم إمكانية تحديد نطاق الضرر الذي يجب أن يسأل عنه الفاعل، كما أنها لا تفرق بشكل منطقي بين مختلف الوقائع التي اشتركت في إحداث الضرر من حيث فعالية تأثيرها، فكل الأسباب متساوية حسب هذه النظرية[2].

ب- **نظرية السبب القريب:** السبب القريب هو كل سبب يؤدي في تتابع طبيعي ومستمر إلى إحداث النتيجة دون أن يقطعه تدخل سبب آخر فعّال متى ثبت أن السبب كان وحده مؤديا إلى الضرر ولولا وقوعه لما حدثت النتيجة[3]، ويرى أصحاب هذه النظرية أنه يجب في إطار المسؤولية المدنية دائما البحث عن معيار للتفرقة بين الأسباب لأنها

(1) ضياء نعمان - المسؤولية المدنية للناقل الجوي للبضائع في ضوء اتفاقية فارسوفيا المعدلة والتشريعين المغربي واليمني - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - جامعة القاضي عياض - مراكش - السنة الجامعية 2001 - 2002 - ص 75.

(2) عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير - الحراسة وعلاقة السببية في المسؤولية عن الأشياء - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني - مكتبة وهبة - القاهرة - الطبعة الأولى - 1986 - ص135.

(3) وقد ظهرت هذه النظرية عند تعرض الفقه الإنجليزي لدراسة أثر مساهمة خطأ المضرور في إحداث الضرر على الحق في التعويض. عبد الرشيد مأمون م.س.ص 22 وما بعدها.

غير متساوية في إحداث الضرر، لذلك وجب التفريق بينها لمعرفة الأسباب بالمعنى الحقيقي[1]، والمعيار المعتمد في ذلك هو معرفة الفترة الفاصلة بين حدوث السبب ووقوع الضرر فإذا كانت تلك الفترة بعيدة لا يعتد بالسبب، أما إذا كانت قريبة فيمكن الأخذ به[2]، إلا أنه أخذ على هذه النظرية أنها تقوم على أساس نظري من خلالها يتم تتبع الظواهر فقط بعيدا عن فكرة تحديد السبب الحقيقي[3].

ج- **نظرية السبب المنتج:** نتيجة للانتقادات الموجهة للنظريتين السابقتين ظهرت نظرية السبب المنتج، وأساس هذه النظرية أن المسؤولية عن الضرر لا تقوم إلا إذا كان من شأن الفعل الذي أحدثه في ظروف معينة أن يحدثه وفقا للمجرى العادي للأمور، ومن ثم فإنه يجب في البداية معرفة جميع الأسباب التي تدخلت في إحداث الضرر للتفريق بين ما هو صالح لإحداثه على الوجه المعتاد وبين ما لا يحدث الضرر على هذا الوجه[4].

فالسبب المنتج هو الذي يعتبر سببا قانونيا يؤدي حسب المألوف إلى إحداث الضرر، لذلك فإن السببية المنتجة هي السببية القانونية وليست السببية الطبيعية، فهذه الأخيرة تجمع كل العوامل المتصلة بالحادث دون أن تميز بين ما يكون منها منتجا من عدمه، أما

---

(1) عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشورنبي م.س.ص 189.

(2) عبد الرشيد مامون م.س. ص 24.

(3) عبد الرشيد مامون م.س.ص 36.

(4) عبد الرزاق السنهوري م.س.ص 1026.

السببية القانونية فتسعى إلى البحث عن السبب المنتج من بين الأسباب المختلفة[1].

وقد تبنى المشرع المغربي هذه النظرية في الفصل 264 من قانون الالتزامات والعقود عندما تطلب أن يكون الضرر مباشراً، حيث أنه لكي يكون كذلك يجب أن يكون نتيجة طبيعية وعادية للخطأ، لهذا فإن عبارة" إذا كانا ناتجين مباشرة عن عدم الوفاء" الواردة في الفصل السابق تشير إلى وجوب كون السبب منتجا، ومعيار السبب المنتج هو معيار موضوعي ينظر فيه إلى مدى ارتباط السبب بالنتيجة بحكم الواقع المشاهد وطبقا للمجرى العادي للأمور[2]

وفي الختام نشير إلى أن الأصل في استحقاق التعويض أن يثبت توافر السببية المباشرة كما يثبت الخطأ والضرر فمتى ثبتت تلك الأركان الثلاث تعذر على المدعى عليه دفع المسؤولية عن نفسه، غير أنه في الغالب ـ بالنسبة لرابطة السببية ـ يكون ثبوتها على سبيل الترجيح فتسمح عندئذ للمدعى عليه أن يثبت انعدامها إما بشكل مباشر، أي بإقامة الدليل على انتفاء السببية، وإما بشكل غير مباشر عن طريق إقامة الدليل القطعي على أن الضرر وقع بسبب خطأ العميل نفسه أو للقوة القاهرة.

---

(1) عبد الرزاق السنهوري م.س.ص 1026.

(2) سعيد الدغيمر م.س.ص 160.

سليمان مرقس ـ الوافي في شرح القانون المدني ـ بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية ـ دار الكتب القانونية ـ شتات مصر ـ المنشورات الحقوقية ـ صادر بيروت ـ 1998 ـ ص 503.

المطلب الثاني
الإعفاء من المسؤولية

إذا توفرت جميع الأركان السابق الإشارة إليها فإن البنك يكون مسؤولا عن الضرر الواقع للعميل مما يستوجب قيامه بتعويض تلك الأضرار، لكن قد تقع من الظروف ما تجعل البنك يتذرع بأنه فعل ما كان ضروريا وأنه بذل العناية المطلوبة منه ورغم ذلك وقع الضرر، أو أن هذا الأخير كان نتيجة لقوة قاهرة لم يستطع البنك دفعها، مما يطرح التساؤل عن الوسائل القانونية التي يمكن للبنك التمسك بها لإعفائه من المسؤولية وفي المقابل حدود تلك الوسائل؟

ومن جهة أخرى تسعى البنوك دائما إلى التحلل بشكل مسبق من أي مسؤولية يمكن أن تقع عليها من خلال إدراج شرط في عقود الخدمات الإلكترونية تحمل بموجبه العملاء المسؤولية عن كافة الأضرار التي يمكن أن تقع لهم نتيجة تعاملهم بشبكة الانترنت، مما يطرح التساؤل حول صحة تلك الشروط وعن الوسائل المتاحة للعميل لتحميل البنك جزءاً من تلك المسؤولية ؟

سنقوم من خلال هذا المطلب بدراسة تلك الإشكاليات في فقرتين: نتناول في الفقرة الأولى الإعفاء القانوني من المسؤولية الناتجة عن التعاملات الإلكترونية وفي الفقرة الثانية الإعفاء الاتفاقي من تلك المسؤولية.

الفقرة الأولى: الإعفاء القانوني

لكي يسأل المدين عقديا يجب أن يكون قد أخل بالتزام عقدي، وإذا كان الإخلال بالالتزام يتمثل في عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية أو التأخير في ذلك التنفيذ فإن المسؤولية يمكن أن ترفع عن صاحبها إذا ما اثبت أن عدم التنفيذ كان نتيجة سبب أجنبي لا يد له فيه، والسبب الأجنبي في جوهره يتمثل

في كل الظروف والوقائع المادية أو القانونية التي يمكن للمدعى عليه في دعوى المسؤولية المدنية أن يستند إليها لكي يثبت أن الضرر لا ينسب إليه ولا دخل له فيه وإنما هو نتيجة لذلك السبب[1].

إلا أنه في نطاق شبكة الانترنت يثار الإشكال حول المدى الذي يمكن أن يتخذه مفهوم السبب الأجنبي[2]، فالبنك حتما لا يكون مسؤولا عن كل سبب يكتسي طابع القوة القاهرة، لكن ما هو المقصود بالقوة القاهرة في هذا الصدد ؟ وهل فعل الغير يعتبر من قبيل القوة القاهرة؟

ثم إنه من المعروف أن عدم اتخاذ العميل الحيطة والحذر في استخدامه لشبكة الإنترنت بشكل يؤدي إلى إحداث ضرر به يجعل البنك يتحلل من ي مسؤولية، لكن هل يمكن القول إن ذلك يعفي البنك نهائيا؟

سنقوم في هذه الفقرة بدراسة الإعفاء القانوني للبنك من المسؤولية الملقاة عليه في نقطتين: نتناول في الأولى القوة القاهرة وفي الثانية خطأ العميل وفعل الغير.

أولاً: القوة القاهرة

بعد أن قرر المشرع المغربي في الفصل 268 من قانون الالتزامات والعقود أن الدائن لا يستحق أي تعويض إذا اثبت المدين أن عدم التنفيذ كان نتيجة لسبب

---

(1) محمد الكشبور ـ نظام التعاقد ونظريتاه القوة القاهرة والظروف الطارئة ـ مطبعة النجاح الجديدة ـ الدار البيضاء ـ 1993 ـ ص23.

(2) ويشترط في السبب الأجنبي بشكل عام حتى يمكن المدين من دفع مسؤوليته شرطان:

- الا يكون للمدين دخل فيه.
- أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا فلا يكفي أن يجعله مرهقا.

انظر في ذلك: عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي. م. س. ص395.

أجنبي لا يعزى إليه كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو مطل الدائن، جاء في الفصل 269 من نفس القانون ليعرف القوة القاهرة بأنها "كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه كالظواهر الطبيعية، "الفيضانات الجفاف والعواصف والحرائق والجراد"، وغارات العدو وفعل السلطة ويكون من شأنه ان يجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا ولا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه ما لم يقم المدين الدليل على أنه بذل كل العناية لدرئه عن نفسه وكذلك لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة السبب الذي ينتج عن خطأ سابق للمدين".

فمن خلال هذا الفصل يشترط لاعتبار السبب قوة قاهرة يعفي المدين من المسؤولية ثلاثة شروط:

- عدم التوقع.
- عدم إمكانية الدفع.
- عدم صدور خطأ من المتمسك بالقوة القاهرة.

وهكذا فإن السبب لكي يعتبر قوة قاهرة يعفي البنك من المسؤولية يجب أن يكون غير متوقع الحدوث من طرف البنك فإذا أمكن لهذا الأخير توقعه فلا تشكل تلك الواقعة قوة قاهرة، ووقت عدم التوقع يكون وقت إبرام العقد في إطار المسؤولية العقدية، ومتى كانت الواقعة غير متوقعة وقت التعاقد فذلك أمر كاف، حتى لو أمكن توقعها بعد التعاقد وذلك على خلاف ما هو مقرر بالنسبة للمسؤولية التقصيرية حيث يكون عدم التوقع وقت وقوع الفعل الضار[1]،

(1) محمد الكشبور - م.س.ص 31.

بالإضافة إلى ذلك يجب أن تكون تلك الواقعة غير قابلة للدفع سواء بمنع وقوعها في البداية أو بالقدرة على التحكم في آثارها، وأخيرا فإنه يجب أن لا يكون للمدين دخل في نشوء القوة القاهرة، وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على انه لاعتبار الواقعة بمثابة قوة قاهرة يجب أن لا يكون للمدين أو أي شخص يسأل عنه قانونا علاقة بحدوثها[1]، وبعد أن تعرفنا على الشروط المتطلبة في الواقعة لتشكل قوة قاهرة يطرح التساؤل عن الوقائع التي يمكن اعتبارها بمثابة قوة قاهرة في إطار الخدمات البنكية الإلكترونية؟

تتعدد الوقائع التي قد يتمسك بها البنك باعتبارها تشكل قوة قاهرة بالنسبة إليه وتدفع عنه المسؤولية، لكن إذا ما تمعنا في الشروط المتطلبة في القوة القاهرة وبالخصوص شرط عدم التوقع وحاولنا تطبيقه على العمل في بيئة الانترنت سنلاحظ بأن مفهومه سيكون مختلفا عن العمل في البيئة الواقعية، ذلك لأن معظم الأخطار التي تحيط بالعمل البنكي عبر الانترنت تعتبر متوقعة إذا ما استثنينا منها تلك التي ترجع للظواهر الطبيعة من ارتفاع في درجة الحرارة وانخفاضها وفيضانات وحرائق..الخ، ومن جهة أخرى فإن البنك ملزم بتوفير جميع البرامج والتطبيقات وخطط الطوارئ والتعافي في حالة حدوث أي طارئ، وعليه فإن مفهوم عدم التوقع يكون في ظل جميع التقنيات المتوفرة للعمل البنكي الإلكتروني وليس تلك التقنيات التي يستخدمها البنك مما يؤدي إلى تقليص الوقائع التي يتوفر فيها هذا الشرط.

فالبنك قد يستخدم تقنيات قديمة نوعا ما فيؤدي ارتفاع بسيط في درجة

(1)civ.29. October 1985 _ bull. civ 1985 I N° 273.

أشار إليه محمد الكشبور م.س.ص37.

الحرارة إلى التسبب في عطل تلك التقنيات أو الأدوات، ومن هنا فإن البنك لا يستطيع أن يتذرع بالقوة القاهرة لأنه كان يجب عليه استخدام جميع التقنيات الحديثة المتوفرة.

أما بالنسبة لشرط عدم إمكانية الدفع فإنه يقتضي أن يكون البنك اتخذ جميع الوسائل الضرورية لمنع وقوع الضرر، وبذلك فإن عدم إمكانية الدفع ترتبط كذلك بمدى التطور التكنولوجي الذي وصل إليه العمل البنكي الإلكتروني، مع الأخذ بعين الاعتبار أن مقدار العناية وفعل ما هو ضروري يجب أن يكون متناسبا مع مركز البنك كشخص معنوي يحترف الأعمال البنكية الإلكترونية ويملك القدرة الاقتصادية التي تمكنه من توفير جميع الوسائل التكنولوجية لمواجهة أي خلل يمكن أن يصيب النظام الالكتروني.

وبناء على ذلك يجب على القاضي ألا يعتبر الواقعة بمثابة قوة قاهرة لمجرد أن البنك أعطاها ذلك الوصف، بل يجب عليه إعطاؤها الوصف الصحيح بما يتناسب مع الاعتبارات التي سبق ذكرها، الأمر الذي يوجب أن يكون القاضي متمتعا بالمؤهلات العلمية والخبرات التي تسمح له بذلك.

ثانياً: خطأ العميل وفعل الغير

يلتزم العميل بموجب العقد بمجموعة من الالتزامات من قبيل ضرورة محافظته على وسائل التعريف الخاصة به واللازمة للدخول للخدمة (جملة المرور كلمة السر، جهاز التوثيق وكلمة السر الخاصة به) وهو ملزم بعدم كشفها لأي كان، كما أنه يلزم بإخطار البنك بالوسيلة المتفق عليها بينهما في حالة ما إذا فقد إحدى تلك الوسائل أو إذا سرقت منه، بالإضافة إلى ذلك فإنه يلتزم باستخدام الخدمات الإلكترونية وفقا للخطوات والإجراءات التي يقوم البنك بتوضيحها له حتى تتم العملية بشكل آمن، وعليه فإن ثبوت أي تهاون من طرف

العميل في قيامه بتلك الالتزامات وأدى ذلك إلى حدوث ضرر له، فإن البنك يتحلل من أي مسؤولية يمكن أن يواجه بها، وتثور في هذا الصدد الإشكالية إذا ما وقع خطأ من العميل وخطأ من البنك أديا إلى إحداث الضرر؟

في هذه الحالة يجب البحث عما إذا استغرق أحد الخطأين الآخر، ويكون ذلك في حالتين[1]:

- إذا كان أحد الخطأين أكثر جسامة من الآخر (حيث يعتبر وقوعه بمثابة العمد).
- إذا كان أحد الخطأين نتيجة للآخر.

أما إذا لم تتوفر إحدى تلك الحالات فإن الخطأ يكون مشتركا وبالتالي يتم تشطير المسؤولية حسب نسبة خطأ كل من الطرفين ودوره في إيقاع الضرر[2].

وبالنسبة لفعل الغير فلم يشر المشرع المغربي صراحة إلى اعتباره من الأسباب المعفية من المسؤولية في المادة 268 من قانون الالتزامات والعقود حيث اكتفى بذكر مطل الدائن والقوة القاهرة، إلا أن بعض الفقه اعتبرها كذلك ضمن الشروط التي سنقوم ببيانها لاحقا على اعتبار أن الأسباب الواردة في الفصل السابق واردة على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر[3].

---

(1) انظر في هذا التمييز:

عبد العزيز توفيق - المسؤولية المدنية - الجزء الثالث - انعدام السببية - مجلة المحاكم المغربية - العدد 21 سنة 1980 - ص27.

(2) وفي نفس المعنى - بوعبيد جمال - المسؤولية المدنية للبنك تجاه الزبناء والأغيار - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة وحدة التكوين والبحث الضمانات الشرعية لقانون الأعمال المغربي - كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية - جامعة محمد الأول وجدة السنة الجامعية 2001 - 2002. ص75.

(3) محمد الكشبور م.س.ص: 44.

والغير هو كل شخص من دون البنك والأشخاص الذين يسأل عنهم قانونا والعميل أو من في حكمه ويتعامل مع البنك بهذه الصفة، وقد اشترطت محكمة النقض الفرنسية[1] ويتفق معها بعض الفقه[2] أن فعل الغير لكي يكون سببا يعفي المدين من المسؤولية أن تتوفر فيه الشروط المتطلبة في القوة القاهرة، وبالتالي فإن هذا الغير هو الذي يتحمل المسؤولية[3].

وتظهر لنا خطورة فعل الغير بشكل أكثر وضوح في مجال العمل عبر شبكة الإنترنت، إذا ما نظرنا إلى العدد الهائل للقراصنة (hackers) الذين يحترفون السطو على الأموال واختراق الشبكات والمواقع الشيء الذي يطرح التساؤل حول ما إذا كان فعل هؤلاء يعتبر بمثابة سبب يعفي البنك من المسؤولية بالخصوص، وهل عدم إمكانية معرفة المتسبب بالضرر تؤدي إلى تحميل العميل جميع التبعات المترتبة عن الضرر؟

نعتقد أن البنك في هذه الحالة يكون مسؤولا عن جميع الأضرار التي تقع للعميل نتيجة فعل الغير، لأنه ملزم حسب المقتضيات القانونية بتوفير جميع وسائل الأمان، وهو كذلك بحكم عمله يعتبر في نظر الجمهور الحافظ الأمين لودائعهم فلا يمكن له بالتالي التحلل من المسؤولية بحجة فعل الغير حتى لو

---

(1) civ 9 janvier 1925 - D.1930.I.p 25.

أورده محمد الكشبور م.س.ص 45 و46.

(2) محمد الكشبور م.س.ص 46.

(3) وقد ميز البعض بين ما إذا كان فعل الغير وحده هو الذي تسبب في الضرر وهنا تقوم مسؤولية ذلك الغير وبين ما إذا اشترك هو والمدعى عليه في إحداث الضرر، وهنا نقوم بتشطير المسؤولية بينهما إذا لم يستغرق أحد الخطأين الآخر.

عبد العزيز توفيق - المسؤولية المدنية - الجزء الرابع. خطأ الغير - مجلة المحاكم المغربية - عدد 22 سنة 1981 ص 33.

اكتسى ذلك الفعل طابع القوة القاهرة، لأنه لا يمكن تصور تحميل العميل المسؤولية وهو الذي يضع ثقته كاملة في البنك المقدم للخدمات الالكترونية لعدم القدرة على تحديد هوية مرتكب الفعل الضار، وبالتالي فإنه يفترض أن هذا الأخير أخطأ إلى أن يثبت القوة القاهرة بالشروط التي وضحناها سابقا، أو أن يثبت خطأ المضرور.

الفقرة الثانية: الإعفاء الاتفاقي

يقصد بالإعفاء الاتفاقي في إطار بحثنا جميع الحالات التي يتفق فيها البنك مع عميله على تحميل هذا الأخير المسؤولية الناتجة عن أي ضرر يمكن أن يقع له من جراء إخلال البنك بالتزام معين، وعادة ما تقوم البنوك بإدراج شرط في العقد تحمل بمقتضاه العميل المسؤولية عن جميع الأضرار الناتجة عن أخطار التعامل عبر شبكة الانترنت مما يدفعنا الى التساؤل حول مدى صحة تلك الشروط ومدى حدودها؟ وكذلك عن مدى الحماية المقررة للعميل في ظل عقود تندرج ضمن زمرة عقود الإذعان؟

سنقوم في هذا المطلب بدراسة مدى صحة اتفاقات الإعفاء من المسؤولية وحدود تلك الصحة في "أولا"، تم نقوم بدراسة حماية العميل من الشروط التعسفية في "ثانيا".

أولاً: مدى صحة اتفاقات الإعفاء من المسؤولية وحدودها

وفقا لمبدأ الحرية التعاقدية يجوز للأطراف الاتفاق على جميع الشروط التي يرتضونها في حدود النظام العام وبعد ذلك تصبح جميع الشروط المضمنة في العقد شريعة المتعاقدين وقانونهم، ووفقا لهذا المبدأ يمكن دائما للأطراف

الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية[1]، فالقاعدة في إطار المسؤولية العقدية هي جواز الاتفاق على تعديل أحكامها سواء بتشديدها أو التخفيف منها بل قد يصل الأمر إلى الإعفاء منها[2]، إلا أن هذا القاعدة ليست على إطلاقها إذ وضع المشرع بعض الاستثناءات التي تحد منها، وقد وردت تلك الاستثناءات في المادة 232 من قانون الالتزامات والعقود التي نصت على انه " لا يجوز أن يشترط مقدما على عدم مسؤولية الشخص عن خطأه الجسم وتدليسه".

وبالتالي فإن شرط الإعفاء من المسؤولية الذي يضمنه البنك في عقد تقديم الخدمات البنكية الالكترونية لا يؤخذ على إطلاقه، بل هو مقيد بعدم صدور تدليس أو خطأ جسيم من البنك، والتدليس مرادف للغش وهو بمثابة الخطأ العمدي الذي لا يكون بقصد الإضرار بقدر ما يكون بهدف الحصول على مصالح شخصية، ومع ذلك يتوفر الغش إذا ما كان الإخلال عمديا وعلى ذلك يعتبر الغش في نظرية الالتزام التعاقدي مرادفا لسوء النية إذ يعبّران معا عن الصفة الإرادية لعدم التنفيذ[3]، ولذلك فإنه لا يمكن للبنك اشتراط عدم

---

(1) كما أن بعض الفقه المغربي اعتبر أن مفهوم المخالفة للمادة 232 أعلاه هو السند القانوني لصحة اتفاقات الإعفاء المسؤولية.

عبد القادر العرعاري - النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني المغربي - الجزء الأول - مصادر الالتزامات - الكتاب الأول - نظرية العقد - مطبعة فضالة - المحمدية 1995 ص 292.

إدريس فتاحي - الاتفاق عن تعديل أحكام المسؤولية العقدية في القانون المغربي والمقارن - مطبعة الأمنية - الرباط - 2004. ص35.

(2) وبذلك تختلف المسؤولية العقدية عن نظيرتها التقصيرية، فهذه الأخيرة تعتبر من النظام العام لا يجوز الاتفاق على خلاف ما قرره المشرع بصددها من أحكام، والاتفاق على ما يخالف ذلك يعتبر باطلا بصراحة نص المادة 77 من ق.ل.ع.

(3) إدريس فتاحي - م. س. ص36.

مسؤوليته عن خطأ الجسيم[1]، ولكن ما المقصود بالخطأ الجسيم في مجال عمل البنوك عبر الإنترنت ؟

دون الدخول في تفاصيل التمييز بين الخطأ اليسير أو البسيط والخطأ التافه والخطأ الجسيم .. الخ، فان المعيار الذي يجب أن يتم اعتماده هو مقدار الضرر الذي أوقعه خطأ البنك بالعميل وليس مقدار جسامة الخطأ، ذلك لأن الخطأ مهما كان تافها فإن البنك لا يعذر عنه على اعتبار انه مهني محترف ولا يمكن عذره عن أي خطأ مادام أوقع ضررا بالعميل.

ونشير في الختام إلى أنه بالرغم من استعمال المشرع واو العطف في الفصل 233 من قانون الإلتزامات والعقود بين التدليس والخطأ الجسيم إلا أن ذلك لا يعني ضرورة توفرهما معا لإقرار إبطال الشرط المعفي من المسؤولية، بل إن توفر احدهما يكون ببطلان الشرط[2].

ثانياً: حماية المستهلك من الشروط التعسفية

تعتبر عقود الإذعان وكذلك العقود النموذجية مرتعا خصبا للشروط التعسفية بحكم الموقع المتميز الذي يمثله البنك تجاه عميله.

---

(1) وقد ظهرت فكرة الخطأ الجسيم في أواخر العهد الروماني وكان الرومان يعطونه حكم الغش لصعوبة إثبات هذا الأخير وقاموا بتعريفه بأنه " الخطأ الذي لايرتكبه الشخص قليل الذكاء والعناية، بينما عرف في وقت لاحق على أنه الخطأ الذي لا يرتكبه المدين في أعماله الشخصية.

سمير عبد السيد تناغو - نظرية الالتزام - مصادر الالتزام - منشأة المعارف - الإسكندرية - الطبعة الأولى 1975 - ص23 وما بعدها.

(2) وقد أكد المجلس الأعلى ذلك في قرار له جاء فيه " إن بطلان الاعتداد بالشروط المعفية من المسؤولية يتقرر بصدور الخطأ الجسيم من المدين أو بناء على تدليسه، وليس ضروريا أن يتوفر الشرطان معاً".

قرار رقم 287 صادر بتاريخ 13 سبتمبر 1989 في ملف رقم 976/ 88 - مجلة القضاء والقانون - عدد 142 السنة 27 ص 84.

هذا الموقع يجعل البنك يجبر عميله على مجرد التسليم بالشروط التي يقوم بوضعها سلفا دون أن يكون للعميل أي حق في مناقشتها، الشيء الذي يجعل البنك يضع بعض الشروط التي يجني من ورائها امتيازات فاحشة، وفي بعض الأحيان يصطلح على تسمية تلك الشروط بالشروط التعسفية، والتي عرفها البعض[1] بأنها "الشروط المعدة سلفا من طرف المتعاقد القوي بمقتضاها يستطيع جني منفعة فاحشة ويدخل في حكمها شروط الإعفاء من المسؤولية أو المحددة لها والشروط الجزائية وشروط الاختصاص".

وقد عرفتها المادة 35 من قانون حماية وإخبار مستهلكي المنتجات والخدمات الفرنسي الصادر بتاريخ 10 يناير 1978 بأنه "الشرط المفروض من طرف المهني على المستهلك والتي تخول الأول بسبب ما له من قوة اقتصادية تجاه الطرف الأخر ميزة فاحشة"[2].

(1)voir calais « Droit de la consommation » D - 3ed.1992.P134.

ومن جهة أخرى يشترط الفقه في الشرط لاعتباره تعسفيا أن يتوفر على عنصرين وهما:

- التعسف في استعمال القوة أو السلطة الاقتصادية للمهني.
- الميزة المفرطة والمتجاوزة التي يحصل عليها المهني بمناسبة التعاقد.

انظر في تحليل تلك الشروط:

أستاذنا إدريس الفاخوري - حماية المستهلك من الشروط التعسفية - المجلة المغربية للاقتصاد والقانون عدد 3 - سنة 2001 - ص69 وما بعدها.

(2) هذا التعريف كان محل العديد من الانتقادات مما دفع المشرع الفرنسي إلى تعديله في المادة 321 من قانون الاستهلاك الصادر عام 1995 والتي جاء فيها "في العقود المبرمة بين المنتجين والمستهلكين تعتبر تعسفية الشروط التي يكون موضوعها أو أثرها هو خلق اختلال كبير ما حقوق والتزامات أطراف العقد على حساب الطرف المستهلك".

أما بالنسبة لمسودة مشروع قانون حماية المستهلك المغربي فقد عرفته المادة 29 منه بأنه "كل شرط في العقد لم يكن محلا لمفاوضة فردية ولم تراع في النص عليه متطلبات حسن النية والذي يترتب عليه من جانب المستهلك عدم توازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد، ويعتبر شرطا غير خاضع للمفاوضة الفردية =

لهذا قامت بعض التشريعات الحديثة[1] بوضع قواعد خاصة تسمح بإعادة التوازن إلى العقد من طريق إعادة النظر في تلك الشروط أما بتفسيرها تفسيرا يعيد للعقد ذلك التوازن وإما بإلغائها كليا، ففي التشريع المصري مثلا في المادة 149 من القانون المدني منح المشرع سلطة الحد من الشروط التعسفية للقضاء دون أن تكون عليه رقابة من محكمة النقض فإذا ما خلص إلى وجود الشرط التعسفي قضى بزوال أثره، بمعنى أن القضاء يقوم بالبحث في الشروط التي يتمسك الطرف الضعيف على أنها تعسفية، فإذا ما خلص إلى اعتبارها كذلك قضى بإلغاء الشرط أو بتعديله حتى لو اعتبر الأطراف أن تلك الشروط نهائية لا يجوز لأحد الأطراف الطعن فيها أمام القضاء[2].

= كل شرط تمت كتابته بشكل مسبق دون أن يكون للمستهلك أي تأثير في محتوى العقد وخصوصا في نطاق عقود الإذعان".

انظر في تحليل تلك التعريفات أستاذنا الحسين بلحساني ـ التجديدات الأساسية في مسودة المشروع المغربي لحماية المستهلك.م.س.ص 113 وما بعدها.

(1) وقبل ذلك توصل القضاء الفرنسي إلى وضع بعض القواعد التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان ومنها:

- اشتراط العلم اليقين بالشروط من أجل الاعتداد بها.
- عدم إمكانية الاحتجاج بالشروط المألوفة دون تنبيه الطرف المذعن بذلك.
- مراعاة حسن النية في تفسير عقود الإذعان.
- الحد من شروط التقييد من المسؤولية.
- تفسير الشك لصالح الطرف المذعن سواء أكان دائنا أم مدينا.

محمد الكشبور ـ رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية ـ محاولة للتمييز بين الواقع والقانون ـ مطبعة النجاح الجديدة ـ الدار البيضاء ـ طبعة الأولى ـ 2001 ـ ص.192.

(2) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن مؤدى النص في المادة 149 من القانون المدني " إذا تضمن العقد الذي تم بطريق الإذعان شروط تعسفية فإن للقاضي أن يعدل تلك الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به العدالة ومحكمة الموضوع تملك حق التقدير فيما إذا كان الشرط تعسفيا أم لا " ـ نقض رقم 388 بتاريخ 12 ديسمبر 1989.

=

أما إذا كانت الشروط الواردة في عقد الاذعان غامضة فإن المشرع المصري منح للقضاء سلطة تعديل تلك الشروط لمصلحة الطرف المذعن وفقا للمادة 151 من القانون المدني.

وبالنسبة للتشريع المغربي فلم يتضمن أي نص عام يسمح بتعديل أو إلغاء الشروط التعسفية[1] مما يعطي للبنوك الحرية الكاملة في وضع الشروط بما يتوافق مع مصالحها دون حسيب أو رقيب متمسكة بأن العقد شريعة المتعاقدين.

وإذا ما نظرنا إلى معظم نماذج عقود تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية نجد أن اغلب شروطها تصب في مصلحة البنك بشكل يجعلها تكتسي في اغلبها صبغة التعسف، ولذلك فإنه في ظل عدم القدرة على مراجعة تلك الشروط حسب القواعد الموجودة في ق.ل.ع وفي ظل تمسك البنوك بمقتضيات

=

أورده أنور طلبة ـ المسؤولية المدنية ـ الجزء الثاني ـ المسؤولية العقدية ـ الطبعة الثانية ـ المكتبة الجامعية الحديثة ـ الإسكندرية ـ 2005.ص657.

(1) ولهذا حاول الفقه الاستناد إلى القواعد العامة لإيجاد أساس قانوني يسمح بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، وبالخصوص تلك النصوص القانونية المتعلقة بعيوب الرضا وقواعد تأويل العقود وفي هذا الصدد يرى أستاذنا إدريس الفاخوري أن مصلحة المستهلك قد لا تكون في إلغاء العقد وإنما في الإبقاء عليه مع إلغاء الشرط التعسفي، ومن ناحية أخرى يمكن للمستهلك الرجوع دائما إلى بعض النصوص القانونية من أجل إبطال العقد مثل الفصول 112 و487 من ق.ل.ع.

وبالنسبة لمسودة المشروع المغربي لحماية المستهلك يلاحظ أنها تبنت أسلوب اللائحة الذي أخذ به المشرع الفرنسي، وذلك من خلال استحداث هيئة تسمى المجلس الوطني للاستهلاك والذي يتولى مهمة إصدار لائحة تتضمن الشروط التي تعتبر تعسفية، ويرى أستاذنا الحسين بلحساني أنه من الظاهر أن الشروط التي سترد في تلك اللائحة يجب أن تعتبر تعسفية دون أي إثبات آخر ولو لم ينص القانون على ذلك في المشروع.

أستاذنا إدريس الفاخوري ـ حماية المستهلك.. م.س.ص 79.

أستاذنا الحسين بلحساني ـ التجديدات الأساسية...م.س.ص114.

المادة 230 من قانون الالتزامات والعقود والتي تؤسس لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين يظل عملاء البنوك في المغرب بدون أدنى حماية في انتظار صدور قانون يحميهم من الشروط التعسفية التي تضعها البنوك والمهنيون بشكل عام.



الخاتمة

الخاتمة

حاولنا من خلال دراستنا للخدمات البنكية الإلكترونية البحث عن الإطار القانوني الملائم لحكم هذا النوع من المعاملات، وتسليط الضوء على أهم الإشكالات القانونية التي تطرحها، وبعد هذه الدراسة المتواضعة يمكن للباحث الخروج بمجموعة من الاستنتاجات وهي كالآتي:

- إن عدم قدرة التشريع المغربي على مسايرة التطورات الحديثة يؤثر على قدرة البنوك على الاستمرار في ظل المنافسة الشديدة التي يشهدها القطاع البنكي، وخصوصا بعد تحرير السوق البنكية ودخول البنوك الأجنبية للعمل داخل المغرب، يؤثر كذلك في ثقة العملاء تجاه المنظومة التشريعية من جهة قدرتها على حمايتهم من الأخطار الناجمة عن التعامل مع البنوك، مما يؤدي في النهاية إلى عزوفهم عن التعامل مع البنوك وبالتالي الإضرار بالاقتصاد الوطني.

كما أن عدم توفر المغرب على قوانين تحكم المعاملات الإلكترونية بشكل عام في الوقت الذي أصبحت فيه مداخيل تلك المعاملات تشكل جزءا هاما من مداخيل بعض الدول، يزيد من حجم الإشكاليات المطروحة أمام بعض المقاولات المغربية التي دخلت فعلا للعمل في بيئة الإنترنت بدون أي إطار قانوني أو ضمانات تشريعية.

ولعل أهم الانتقادات الموجهة للتشريع المغربي في هذا لإطار تلك المتعلقة بعدم إصداره إلى حد الآن قانونا لحماية المستهلك، وجعل المستهلك المغربي وهو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية يزداد ضعفا لعدم

وجود حماية قانونية له في ظل قصور القواعد العامة عن توفير تلك الحماية.

- إن رغبة البنوك المغربية في الاستفادة من التطورات التكنولوجية لتقديم خدمات أفضل لعملائها، جعلها تقوم بإبرام عقود معهم تحدد من خلالها الحقوق والالتزامات بشكل تضمن لنفسها امتيازات فاحشة على حساب العميل في بعض الأحيان، مستفيدة من الفراغ التشريعي في هذا المجال.
- رغم الفراغ التشريعي فإنه توجد بعض النصوص في التشريع المغربي يسمح التفسير الموسع لها بوضع حل لبعض الإشكاليات التي يطرحها استخدام النظام الإلكتروني في المعاملات البنكية، إلا أن ذلك التفسير يجب أن يكون في نطاق القانون، دون الخروج عن روح النص وتحميله مالا يحتمل.
- عدم قيام البنك المركزي المغربي (بنك المغرب) بالدور المنوط به في مراقبة جميع العمليات التي تقدمها البنوك، وعدم صدور أي تعليمات منه بخصوص الخدمات التي عن طريق الإنترنت الشيء الذي يؤدي إلى توسيع الفراغ القانوني في هذا المجال.

وبناء على ما سبق فإنه يمكننا صياغة بعض الاقتراحات والتوصيات:

- ضرورة قيام المشرع المغربي بمراجعة بعض النصوص القانونية، وبالخصوص المتعلقة بالإثبات في قانون الالتزامات والعقود ومدونة التجارة والقانون البنكي، لإضفاء الحجية على الوسائل التقنية الحديثة ضمن شروط معينة.

- اعتبار جميع العمليات التي تقوم بها البنوك عمليات تجارية بطبيعتها خاضعة لاختصاص المحاكم التجارية ولتطبيق القانون التجاري، مع إيجاد الآليات المناسبة لحماية المستهلك بإصدار قانون يكفل له تلك الحماية.
- تفعيل دور البنك المركزي في مراقبة النشاط البنكي من خلال توسيع سلطاته وإعطائه دوراً أكبر بمنحه الوسائل القانونية التي تساعده في ذلك، نظرا لكون توجيهات البنك المركزي ملزمة للبنوك شأنها شأن القانون، وبالتالي منح عملية مراقبة البنوك مرونة أكبر من تلك الموجودة في ظل ضرورة إصدار القوانين وما يصاحب ذلك من بطء.

كما يجب على البنك المركزي وضع خطط تجعله قادرا على التحكم بشكل أكبر في السياسة البنكية نظرا للمخاطر الاقتصادية المترتبة عن الأعمال البنكية الإلكترونية.

- يجب على البنوك المغربية أن تعي حجم المخاطر الناتجة عن دخولها لشبكة الإنترنت، من خلال استخدام الوسائل التكنولوجية الكفيلة بحمايتها من تلك المخاطر، واتباع المبادئ الاسترشادية التي أصدرتها لجنة بازل والمتعلقة بكيفية مراقبة وتقييم وإدارة المخاطر الناشئة عن العمل البنكي عبر الإنترنت تفاديا للخسارة التي يمكن أن تحدث.
- يجب على مستهلكي الخدمات البنكية الإلكترونية بدورهم أن يكونوا واعين بحجم المخاطر الناتجة عن الاستفادة من تلك الخدمات، وذلك بمراعاتهم لضوابط الأمن بالسلامة، مع الأخذ بعين

الاعتبار ما يقوم البنك بتزويدهم به من معلومات حول كيفية الاستخدام، لتحقيق أكبر قدر ممكن من الأمن.

- إن قلة الدراسات الفقهية المغربية في مجال التعاملات الإلكترونية بشكل عام وفي مجالات أخرى كالمسؤولية البنكية، تجعلنا ندعوه إلى الاهتمام أكثر بتلك الموضوعات لأهميتها وارتباطها بقطاع حيوي، وحتى يجد القضاء المغربي ما يستطيع أن يستند إليه عند اللزوم، ولكي لا نتفاجئ بظهور أنظمة حديثة تفرض نفسها علينا، ونضطر إلى التعامل بها بدون أن تكون لنا دراية كافية بنواحيها القانونية وآثارها الاقتصادية والاجتماعية.

والله ولي التوفيق

المراجع

المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

1- المراجع العامة:

- **إبراهيم دسوقي أبو الليل**: التعويض عن الضرر في المسؤولية المدنية، مطبوعات جامعة الكويت 1995. المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر.
- **أحمد أبو الوفاء**: التعليق على نصوص قانون الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية 1981.
- **أحمد شكري السباعي**: الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة والمقاولات التجارية والمدنية، الجزء الثاني، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الثانية 2001 . الوسيط في الأوراق التجارية، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 1988.
- **إدريس العلوي العبدلاوي**: شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1996. وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، مطبعة فضالة، المحمدية، الطبعة الأولى 1977.
- **إدريس فتاحي**: الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية في القانون المغربي والمقارن، مطبعة الأمنية، الرباط 2004.
- **أنور طلبة**: المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، المسؤولية العقدية، الدار الجامعية الحديثة، الإسكندرية، الطبعة الثانية 2005.

- **أيمن العشماوي**: تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة 1998.
- **توفيق حسن فرج**: قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الثقافة الجامعية، الإسكندرية 1982.
- **جعفر الجزاز**: العمليات البنكية، دار النفائس، بيروت 1987.
- **حسام الدين الأهواني**: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية 1995.
- **حسن المصري**: القانون التجاري، عمليات البنوك، بدون ناشر ومكان النشر 1987.
- **حسن عبد الباسط جميعي**: أثر التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة 1991.
- **الحسين بلحساني**: البيع والكراء وفقا للقواعد العامة والتشريعات الخاصة، دار النشر الجسور، وجدة، الطبعة الأولى 2001. الوجيز في القانون الدولي الخاص، مطبعة الجسور، وجدة 2002.
- **حسين عامر وعبد الرحيم عامر**: المسؤولية المدنية، التقصيرية والعقدية، دار المعارف، القاهرة، الطبعة الثانية 1979.
- **سلمان بوذياب**: النقل المصرفي، عمليات التحويل الداخلي والخارجي، الدار الجامعية، بيروت 1985.
- **سليمان مرقس**: الوافي في شرح القانون المدني، بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية، دار الكتب القانونية، شتات مصر، المنشورات الحقوقية، صادر بيروت 1998.

- **سميحة القليوبي**: الأسس القانونية لعمليات البنوك، مكتبة عين شمس، القاهرة، بدون تاريخ.
- **سمير عبد السيد تناغو**: نظرية الالتزام ـ مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثالثة، 1975.
- **سهير منتصر**: الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ.
- **سيد الهواري**: إدارة البنوك، دار الجيل، القاهرة، 1983.
- **السيد محمد اليماني**: القانون التجاري، الجزء الثاني، مكان الطبعة غير مذكور 1986.
- **عادل المقدادي**: مسؤولية الناقل البري في نقل الأشخاص، دار الثقافة، عمان 2000.
- **عاطف النقيب**: النظرية العامة في المسؤولية عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، منشورات عويدات، بيروت ـ باريس، الطبعة الأولى 1983. النظرية العامة في المسؤولية عن فعل الأشياء في مبادئها القانونية وأوجهها العملية، منشورات عويدات، بيروت، باريس 1988.
- **عبد الحق صافي**: عقد البيع، دراسة مقارنة في قانون الالتزامات والعقود والقوانين الخاصة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1996.
- **عبد الرزاق السنهوري**: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة 1965. الوسيط في شرح

القانون المدني، نظرية الالتزام، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة 1965.

- **عبد الرشيد مأمون:** المسؤولية العقدية عن فعل الغير، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ.
- **عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير:** الحراسة وعلاقة السببية في المسؤولية عن الأشياء، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة الأولى 1986.
- **عبد العالي العضراوي:** المسؤولية المدنية للأبناك في أحكام وقرارات المحاكم التجارية، مطابع امبريال، الطبعة الأولى 2003.
- **عبد العزيز توفيق:** التعليق على قانون الالتزامات والعقود بقضاء المجلس الأعلى ومحاكم النقض العربية لغاية 1998، الجزء الأول، الالتزامات، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1999.
- **عبد العزيز حضري:** القانون القضائي الخاص، مكتبة طه حسين، وجدة 2006.
- **عبد القادر العرعاري:** النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي، الجزء الأول، مصادر الالتزامات، الكتاب الأول، مطبعة فضالة، المحمدية 1995.
- **عبد الكريم الطالب:** الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى 2001.
- **عبد الكريم سلامة:** القانون الدولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، القاهرة 2002.

- **عبد المنعم فرج الصدة:** نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الجزء الأول، دار النهضة العربية القاهرة، 1991.
- **عبد الودود يحيى:** الموجز في النظرية العامة للالتزامات، المصادر والأحكام، الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة 1994.
- **العربي مياد:** عقود الإذعان، دراسة مقارنة، مكتبة السلام، الرباط، الطبعة الأولى 2004.
- **عز الدين بنستي:** دراسات في القانون التجاري المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1998.
- **عزالدين الديناصوري وعبدالحميد الشواربي:** المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، بدون مكان طبع، الطبعة السادسة 1997.
- **عقيل جاسم عبد الله:** النقود والمصارف، منشورات الجامعة المفتوحة، بنغازي 1994.
- **علي البارودي:** العقود وعمليات البنوك التجارية، منشأة المصارف، الإسكندرية 1987.
- **عماد الشربيني:** القانون التجاري الجديد، الكتاب الثاني، أعمال البنوك والأواق التجارية، دار الكتب القانونية، المحلة، 2003.
- **فؤاد معلال:** شرح القانون التجاري المغربي الجديد، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1999.
- **مأمون الكزبري:** نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود، الهلال للطباعة، بيروت 1978.

- **محمد إبراهيم دسوقي:** الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، معهد الإدارة العامة والبحوث، السعودية 1995.
- **محمد الأطرش:** القانون الدولي الخاص، مطبعة مراكش، مراكش 2005.
- **محمد الأمراني زنطار:** شرح قانون التأمين رقم 99 ـ 17 دراسة نظرية وتطبيقية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى 2005.
- **محمد الشافعي:** الأوراق التجارية في مدونة التجارة، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش 2006.
- **محمد الشحات جندي:** ضمانات العقد أو المسؤولية العقدية في الشريعة الإسلامية مقارنة بالقانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة 1990.
- **محمد الكشبور:** رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية، محاولة للتمييز بين الواقع والقانون، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 2001. نظام التعاقد ونظريات القوة القاهرة والظروف الطارئة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 1993.
- **محمد حسن جبر:** العقود التجارية والبنوك، مطابع حاجة، الدمام 1984.
- **محمد شكري سرور:** موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة 1998.
- **محمد صبري:** الائتمان البنكي، مسؤولية البنك عن تجاوز أذون الاعتمادات، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى 2001.
- **محمد الفروجي:** التاجر وقانون التجارة في المغرب، مطبعة النجاح

الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية 1999. العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية 2001.

- **محمد نصر رفاعي**: الضرر كأساس للمسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.
- **محمود سمير الشرقاوي**: الدفاتر التجارية وحجيتها في الإثبات في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة 1988.
- **محيي الدين إسماعيل علم الدين**: العمليات الائتمانية في البنوك وضماناتها، دار الكتب، القاهرة، بدون تاريخ. موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، الجزء الأول، مطابع الطناني، القاهرة 1987.
- **مصطفى كمال طه**: الوجيز في القانون التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية 1973
- **المعطي الجبوجي**: القواعد الموضوعية والشكلية للإثبات وأسباب الترجيح بين الحجج، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، بدون تاريخ.
- **مفلح عواد القضاة**: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، طبع الجامعة الأردنية، عمان 1994.
- **موسى عبود**: الوجيز في القانون الدولي الخاص، المركز العربي للثقافة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1994.

- **يحيى أحمد المواقي:** المسؤولية عن الأشياء في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر.

2- المراجع الخاصة:

- **إبراهيم دسوقي أبو الليل:** الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية – مطبوعات جامعة الكويت ـ الطبعة الأولى ـ 2003.
- **أحمد شرف الدين:** عقود التجارة الإلكترونية ـ تكوين العقد وإثباته ـ جامعة عين شمس ـ القاهرة ـ بدون تاريخ.
- **أسامة أبو الحسن مجاهد:** التعاقد عن طريق الإنترنت ـ دار الكتب المصرية ـ المحلة 2005
- **جميل عبد الباقي الصغير:** أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ 2002.
- **حسن طاهر داوود:** أمن شبكات المعلومات ــ معهد الإدارة العامة ــ السعودية ـ 2004.
- **حسن عبد الباسط جميعي:** إثبات التصرفات القانونية المبرمة عبر الأنترنت ـ دراسة النهضة العربية ـ القاهرة ـ 2000.
- **رأفت رضوان:** عالم التجارة الإلكترونية ــ المنظمة العربية للتنمية الإدارية ـ القاهرة ـ 1999.
- **شريف محمد غنام:** محفظة النقود الإلكترونية ـ رؤية مستقبلية ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ 2003.
- **عباس العبودي:** الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني ـ دار الثقافة والدار العلمية الدولية ـ عمان ـ 2002.

- عبد الفتاح بيومي حجازي: التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة ـ دار الفكر الجامعي ـ الإسكندرية ـ 2005. النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية ـ الكتاب الأول ـ نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيا ـ دار الفكر الجامعي ـ الإسكندرية ـ 2002
- عبد الكريم غالي: محاور في المعلومات والقانون ـ البوكيلي للطباعة ـ القنيطرة ـ الطبعة الأولى ـ 1997
- عبد الله حسين علي محمود: سرقة المعلومات المخزنة في الحاسب الآلي ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ 2002
- محمد السعيد رشدي: التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون ـ مطبوعات جامعة الكويت ـ الطبعة الأولى ـ 1998.
- محمد حسام لطفي: الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي ـ دار الثقافة ـ القاهرة ـ 1981. الحجية القانونية للمصغرات الفيلمية ـ دار الثقافة ـ القاهرة ـ 1988.
- محمد حسين منصور: المسؤولية الإلكترونية ـ الدار الجامعية الحديثة ـ الإسكندرية ـ 2006.
- مدحت عبد الحليم رمضان: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ 2001.
- مصطفى محمد: أساليب إجرامية بالتقنية الرقمية ـ ماهيتها ومكافحتها ـ دار الكتب القانونية ـ المحلة 2005.
- منير وممدوح الجنبيهي: البنوك الإلكترونية ـ دار الفكر الجامعي ـ

الإسكندرية ـ 2005. التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات ـ دار الفكر الجامعي ـ الإسكندرية ـ 2004.

- **نوري خاطر:** عقود المعلوماتية ـ دار الثقافة والدار العلمية الدولية ـ عمان ـ 2001.
- **هدى حامد قشقوش:** الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الأنترنت ـ دار النهضة العربية ـ 2000.
- **هشام فريد رستم:** الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية ـ مكتبة الآلات الحديثة ـ أسيوط ـ 1994.
- **هند محمد حامد:** التجارة الإلكترونية في المجال السياحي ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ 2003.

3- الأطروحات والرسائل:

- **بوعبيد عباسي:** الالتزام بالإعلام في العقود ـ أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص ـ كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ـ جامعة القاضي عياض ـ مراكش ـ السنة الجامعية 2002 ـ 2003.
- **جمال بوعبيد:** المسؤولية المدنية للبنك تجاه الزبناء والأغيار ـ رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة ـ الضمانات التشريعية لقانون الأعمال المغربي ـ كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ـ جامعة محمد الأول ـ وجدة ـ السنة الجامعية ـ 2001 ـ 2002.
- **سعيد الدغيمر:** تنفيذ الالتزام بمقابل أو بطريق التعويض قضائيا في التشريع المغربي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص ـ

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والإجتماعية - جامعة محمد الخامس - الرباط - السنة الجامعية - 1981 - 1982.

- **صليحة حاجي:** الوفاء الرقمي عبر الإنترنت - المظاهر القانونية - أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - جامعة محمد الأول - وجدة - السنة الجامعية 2004 - 2005.
- **ضياء نعمان:** المسؤولية المدنية للناقل الجوي للبضائع على ضوء اتفاقية فارسوفيا المعدلة والتشريعين المغربي واليمني - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة - القانون المدني - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - جامعة القاضي عياض - مراكش السنة الجامعية - 2001 - 2002.
- **طارق كميل:** التعاقد عبر الإنترنت وجوانبه القانونية - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة - قانون الأعمال - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - جامعة محمد الخامس - الرباط - السنة الجامعية - 2002 - 2003.
- **عالية بشاطي:** موقع وسائل الاتصال عن بعد من نظام الإثبات في القانون المغربي - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة - القانون المدني - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - جامعة القاضي عياض - مراكش - السنة الجامعية 2001 - 2002.
- **عبد الكريم غالي:** المعلوميات والقانون - (خصوصيتها ومدى تطبيقها

في المغرب) رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - جامعة محمد الخامس - الرباط - السنة الجامعية - 1988 - 1989.

- **عمر أنجوم**: الحجية القانونية لوسائل الاتصال الحديث - أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - جامعة الحسن الثاني - الدار البيضاء، السنة الجامعية 2003 - 2004.

- **عمر قريوح**: الحماية القانونية لمستهلكي السلع والخدمات - دراسة في عقود الاستهلاك - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - جامعة محمد الأول - وجدة - السنة الجامعية 1999 - 2000.

- **محمد بوستة**: المسؤولية العقدية عن فعل الغير في التشريع المغربي - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة - القانون المدني - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - جامعة القاضي عياض - مراكش - السنة الجامعية 2001 - 2002

- **محمد شيلح**: مبدأ سلطان الإرادة في قانون الالتزامات والعقود - أسسه ومظاهره في نظرية العقد - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - جامعة محمد الخامس - الرباط - السنة الجامعية 1982 - 1983.

4- الأبحاث والمقالات:

أ- الأبحاث:

- **أحمد العماري:** الكشف الحسابي والخبرة ـ الندوة الرابعة للعمل القضائي والبنكي ـ دار السلام ـ الرباط ـ 2004.
- **أحمد الهواري:** عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص ـ مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون المنعقد بكلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة من 10 ـ 12 ماي 2003 ـ المجلد الرابع.
- **أحمد شرف الدين:** قواعد الإثبات ومقتضيات الأمان في التجارة الإلكترونية ـ مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت المنعقد بكلية الشريعة والقانون ـ جامعة الإمارات العربية المتحدة من 1 ـ 3 ماي 2000 ـ الطبعة الثالثة ـ 2004 ـ المجلد الثالث.
- **إدريس بلمحجوب:** حجية الميكرو فيلم في الإثبات ـ الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي.
- **اسماعيل عبد النبي شاهين:** آمن المعلومات في الأنترنت بين الشريعة والقانون ـ مؤتمر القانون والكمبيوتر والأنترنت، المجلد الثالث.
- **آسيا ولعلو:** الفوائد البنكية من خلال العمل القضائي ـ الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي.
- **توفيق شنبور:** بطاقات الدفع الإلكترونية ـ البطاقات البنكية والنقود الإلكترونية ـ مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت ـ المجلد الأول.
- **ثروت عبد الحميد:** مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في ضوء القواعد التقليدية للإثبات ـ مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة في القانون ـ المجلد الرابع.

- **جاسم الشامسي**: تطبيقات المسؤولية المدنية المصرفية في قضاء المحكمة الإتحادية العليا ومحكمة تمييز دبي - مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون - المجلد الرابع. المسؤولية المدنية الناتجة عن التجارة الإلكترونية - مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت - المجلد الثالث.
- **حسام الدين الأهواني**: حماية أنشطة البنوك من مخاطر استخدام الحسابات الإلكترونية - مؤتمر الجوانب القانونية الناشئة عن استخدام الحساب الآلي في المصارف - اتحاد المصارف العربية - بيروت - 1999.
- **حسن الحضري**: الكشف الحسابي البنكي - الندوة الرابعة للعمل القضائي والبنكي.
- **حسين شحادة الحسين**: العمليات المصرفية الإلكترونية - الصيرفة الإلكترونية - مؤتمر الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية - أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية - الجزء الأول - الجديد في التقنيات المصرفية منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - الطبعة الأولى 2002.
- **سامي بديع منصور**: الإثبات الإلكتروني في القانون اللبناني - معاناة قاضي - مؤتمر الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية في الاقتصادية - الجزء الثالث.
- **سعد محمد سعد**: المسائل القانونية التي تثيرها العلاقة الناشئة عن استخدام بطاقات الائتمان بين الجهة المصدرة للبطاقة والتاجر - مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون - المجلد الثالث.
- **سميحة القليوبي**: وسائل الدفع الحديثة - البطاقات البلاستيكية -

مؤتمر الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية ـ الجزء الأول.

- **شريف محمد غنام**: محفظة النقود الإلكترونية ـ مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون المجلد الثالث.
- **صلاح زين الدين**: دراسة اقتصادية لبعض مشكلات وسائل الدفع الإلكترونية ـ مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون ـ المجلد الأول.
- **صلاح محمد الحملاوي**: دراسة تحليلية لدور النقود الإلكترونية في التجارة الإلكترونية والعمليات المصرفية الإلكترونية ـ مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة في القانون ـ المجلد الأول.
- **عادل محمود شرف وعبد الله إسماعيل عبد الله**: ضمانات الأمن والتامين في شبكة الإنترنت ـ مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت ـ المجلد الثالث.
- **عبد الهادي النجار**: بطاقات الائتمان والعمليات المصرفية الإلكترونية ـ مؤتمر الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية ـ الجزء الأول.
- **عدنان إبراهيم سرحان**: الوفاء (الدفع) الإلكتروني ـ مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون ـ المجلد الأول.
- **عزت محمد البحيري**: القانون الواجب التطبيق على المعاملات الإلكترونية ـ مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون ـ المجلد الرابع.

- **عصام الدين القصبي**: تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الإلكترونية ـ مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون ـ المجلد الرابع.
- **عطا عبد العاطي السنباطي**: الإثبات في العقود الإلكترونية ـ مؤتمرالأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون ـ المجلد الأول.
- **علي عبد القادر القهوجي**: الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونيا ـ مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت ـ المجلد الثاني.
- **غنام محمد غنام**: عدم ملائمة القواعد التقليدية في قانون العقوبات لمكافحة جرائم الإنترنت ـ مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت ـ المجلد الثاني.
- **فياض القضاة**: مسؤولية البنوك الناتجة عن استخدام الكمبيوتر كوسيلة وفاء ـ مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت ـ المجلد الثالث.
- **قاسم عبد الحميد**: الدفاتر التجارية ومدى حجيتها في ظل تواجد الحاسوب وانتشاره في الساحة الاقتصادية ـ مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون ـ المجلد الثالث.
- **ليلى بنجلون**: كشف الحساب البنكي ـ الندوة الرابعة للعمل القضائي والبنكي.
- **محمد إبراهيم الشافعي**: الآثار النقدية والاقتصادية والمالية للنقود الإلكترونية ـ مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون – المجلد الأول.

- محمد حسام لطفي: استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها ـ الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارية الدولية ـ معهد الأعمال الدولي ـ كلية الحقوق ـ جامعة القاهرة ـ 1993.
- محمد سعدو الجرف: أثر استخدام النقود الإلكترونية على الطلب على السلع والخدمات ـ مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون ـ المجلد الأول.
- محمد صقيلي: المسؤولية المدنية للبنك ـ الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي
- محمد عطاف: المسؤولية المدنية للبنك اتجاه الزبناء ـ الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي.
- محمد مرسي الزهرة: الدليل الكتابي وحجية مخرجات الكمبيوتر في الإثبات في المواد المدنية والتجارية ـ مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت ـ المجلد الأول.
- محمود ابراهيم الشرقاوي: مفهوم الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون ـ المجلد الأول.
- ممدوح عبد الحميد عبد المطلب: جرائم إستخدام شبكة المعلومات العالمية ـ الجرائم عبر الإنترنت ـ مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت ـ المجلد الأول.
- موسى علي العامري: الشيك الذكي ـ مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون ـ المجلد الأول.

- نائل عبد الله صالح: واقع جرائم الحاسب الآلي في التشريع الأردني - مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت - المجلد الأول.
- ناجي عبد المومن: ملاحظات حول الدفاتر التجارة في ظل انتشار الكمبيوتر في قانون المعاملات التجارية الإماراتي وقانون التجارة المصري - مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون - المجلد الأول.
- نبيل صلاح العربي: الشيك الإلكتروني والنقود الرقمية ـ مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون - المجلد الأول.
- نجوى أبو هيبة: التوقيع الإلكتروني - تعريفه ومدى حجيته في الإثبات - مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون ــ المجلدالأول.
- نور الدين زحاف: المسؤولية المدنية للأبناك إزاء الزبناء والأغيار - الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي.
- نوري خاطر: مسؤولية المصرف الناتجة عن استخدام النظام الرقمي (الإلكتروني) في العمليات المصرفية بين المسؤولية المدنية وفعل المباشرة والتسبب - مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون - المجلد الرابع.
- الهادي شايب عينو: بعض المشاكل الناجمة عن استخدام المعلوماتية في البنوك ـ الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي ـ مطبعة الأمنية ـ الرباط - 1993.

- هدى حامد قشقوش: الإتلاف العمدي لبرامج وبيانات الحاسوب ـ مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت ـ المجلد الأول.
- وليد العاكوم: مفهوم وظاهرة الإجرام المعلوماتي ـ مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت ـ المجلدالأول.

ب- المقالات:

- أحمد السعيد الزقرد: حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون ـ مجلة الحقوق ـ جامعة الكويت ـ عدد3 ـ سنة 1995.
- أحمد شكري السباعي: مدخل عام أو تمهيدي في العقود التجارية ـ الندوة المتخصصة في المادة التجارية ـ دار السلام ـ الرباط ـ 2004.
- إدريس الفاخوري: حماية المستهلك من الشروط التعسفية ـ المجلة المغربية للاقتصاد والقانون ـ عدد3 ـ 2001. الخيرة وعدم الخيرة في المسؤولية المدنية ـ مجلة المناظرة ـ عدد 4 ـ 1999
- بلال عبد المطلب بدوي: البنوك الإلكترونية ـ ماهيتها، معاملاتها والمشاكل التي تثيرها ـ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس القاهرة ـ عدد 1 لسنة 2004.
- الحسن الملكي: التجارة الإلكترونية ـ قراءة قانونية ـ مجلة المحاكم المغربية ـ عدد 89 ـ 2001.
- الحسين بلحساني: أساس الالتزام بتبصير المستهلك ومظاهره ـ المجلة المغربية للاقتصاد والقانون عدد 4 ـ 2001. الإلتزام بتبصير المستهلك بين قواعد الأخلاق ومقتضيات القانون ـ مجلة طنجيس للقانون والإقتصاد ـ عدد1 ـ2001. التجديدات الأساسية في المشروع المغربي لقانون حماية

المستهلك ـ آليات تدعيم رضا المستهلك ـ مجلة المحاكم المغربية عدد 84 ـ 2000.

- دنيا مباركة: الحماية القانونية لرضا مستهلكي السلع والخدمات ـ المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، عدد 3 ـ 2001.
- رامي محمد علوان: التعبير عن الإرادة عن طريق الأنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني ـ مجلة الحقوق ـ جامعة الكويت، عدد 4 لسنة 2001.
- عبد العزيز توفيق: المسؤولية المدنية ـ الجزء الأول ـ مجلة المحاكم المغربية ـ عدد18 ـ 1972. المسؤولية المدنية ـ الجزء الثاني ـ علاقة السببية ـ مجلة المحاكم المغربية ـ عدد19 ـ 1977. المسؤولية المدنية ـ الجزء الثالث ـ إنعدام السببية ـ مجلة المحاكم المغربية ـ عدد21 ـ 1980. المسؤولية المدنية ـ الجزء الرابع ـ خطأ الغير ـ مجلة المحاكم المغربية ـ عدد22 ـ 1981.
- عبد اللطيف مشبال: المسؤولية المدنية للأبناك والاجتهاد القضائي المغربي ـ مجلة المحاكم المغربية عدد 71 ـ 1994.
- عبد الواحد بن مسعود: الإنذار العقاري، بياناته، مرفقاته وموقف القضاء من الطعن ببطلان الإنذار، مجلة القضاء والقانون، عدد 148 السنة 31.
- علي سليمان العبيدي ويكور المختار: أشكال التوقيع في التشريع الموريتاني والمغربي ـ المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية ـ عدد 33 ـ 2000.
- عمر أزوكار: القضاء وحماية المستهلك في القروض البنكية ـ قراءة في

القوة الإثباتية لكشف الحساب البنكي ـ جريدة الأحداث المغربية ـ عدد 337 ـ 19 نوفمبر ـ 1999 ـ ص7.

- **محمد إبراهيم الشافعي:** النقود الإلكترونية ـ ماهيتها ، مخاطرها وتنظيمها القانوني ـ مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي ـ عدد1 ـ السنة 12 ـ 2004.
- **محمد أخياظ:** بعض التحديات القانونية التي تثيرها التجارة الإلكترونية ـ مجلة الإشعاع ـ عدد 25 ـ 2002.
- **محمد السعيد رشدي:** حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات – مجلة الحق ـ اتحاد المحامين العرب عدد 1و2 السنة 35 ـ 2004.
- **محمد العادلي:** استخدام عملاء البنوك من الأفراد للأنترنت المصرفي في دولة الإمارات العربية المتحدة ـ المجلة العربية للعلوم الإدارية ـ جامعة الكويت ـ عدد2 ـ المجلد العاشر ـ ماي 2003.
- **محمد الكشبور:** المهن القانونية الحرة ـ انطباعات حول المسؤولية والتأمين ـ المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية عدد 25 ـ 1991.
- **محمود ثابت محمود:** حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات ـ مجلة المحاماة ـ نقابة المحامين بمصر ـ عدد2 ـ 2002.
- **منذر الفضل وسيد شيخو:** عقود التجارة الإلكترونية ـ مجلة الحقوق ـ جامعة الكويت ـ عدد4 لسنة 1994.
- **يونس عرب:** الفكرة وخيارات القبول والرفض ـ الجزء الأول ـ مجلة البنوك الأردنية ـ عدد 3 ـ المجلد 19 ـ 2000.

5- المجلات:

- مجلة الإشعاع ـ عدد 4 ـ 1990.
- مجلة القضاء والقانون، عدد 142 ـ السنة 27.
- مجلة المحاكم المغربية ـ عدد 34 ـ 1989.
- المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات ـ عدد 1 ـ 2001.
- مجلة رابطة القضاء ـ عدد 76 ـ 1984.
- مجلة قضاء المجلس الأعلى ـ عدد 30 ـ 1982.
- مجلد قضاء المجلس الأعلى ـ عدد 45 ـ 1991.

6- مواقع الإنترنت:

- التدابير التشريعية لحماية العلامات والمصنفات الرقمية ـ موقع عرب للقانون ww.arablaw.org.
- متطلبات ومخاطر الانفتاح الإلكتروني من الناحية الفنية والتشريعية ـ موقع عرب للقانون www.arablaw .org.
- المخاطر التي تهدد الخصوصية وخصوصية أمن المعلومات في العصر الرقمي ـ موقع عرب القانون www.arablaw.org.
- موقع البنك الشعبي ـ www.chabbi.net.
- موقع البنك العربي ـ www.arabbank.com.
- موقع البنك العربي الوطني – www.anb.com.sa.
- موقع وزارته العدل المغربية ـ www.justice.gov.ma.
- يونس عرب: البنية التحتية لمشروعات البنوك الإلكترونية ـ موقع عرب للقانون ـ www.arablaw.org.

ثانياً: المراجع باللغات الأجنبية

1- Les ouvrages:

- (FFICE) : Federal Financial Institution Examination Cancel – E – Banking information technology hand bonk (IT) Booklet – Augst – 2003.
- Ables (M) : le commerce sur Internet – moyens de paiement et risques afferents – Dalloz, 1ère éd –1998.
- Badhri (M) : le commerce électronique : quelle perspectives au Maroc ? el jousour – Oujda – 1ère éd.2001.
- Calais (V) : Droit de la consomation – Dalloz – 3éd .1992.
- Librie (y): le paiment en ligne dans l'opération de commerce électronique sur l'internet. Montepllier.1999.
- Mascada : accident de gare. La déraillement de l'obligation de sécurité Dalloz.1999.
- Shenif (k) : electronic commerce –Delta information instituation – cairo.2002.

2- les articles:

- Aladwani (A) – on line BANKING – A FIELD study. Drivers development challenges and Expectation – international jornal of information manegement N°̈ 21 – 2001.
- Ali Mekouar (M) – Droit et informatique – Rapport de synthèse – Revue Marocaine de droit et d'économie de développement – Numèro 11 – 1986.
- Amzazi (M) – informatique et Droit pénal – Revue Marocaine de droit et d'économie de développement – Numèro 11 – 1986.
- Elizabeth (D) – provision of lectronic banking in the Uk and

the Republic of Ireland – international jornal of information manegement – N° 17 – 1999.

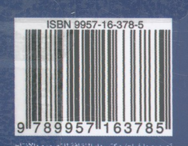
- Elmernissi (11) – Rapport introductif – Revue Marocaine de droit et d'économie de développement – Numèro 11 – 1986.
- Tazi Sadeq (H) : L'ordinateur, le fraudeur et le juge Revue Marocaine de droit et d'économie de développement – Numèro 11 – 1986.
- White (L – H) : The technology revolution and montery evolution – futuer of mony in the information age – cato instituation – washingtone.1996.

3- Websites:

- L.tree (F): the legal nature of electronic money — www.austlii.au.
- Vignesen (P) internet Banking — boon or ban?www.arraydev.com.
- www.monyline.fr.

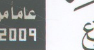






















www.daralthaqafa.com